BSB Bayerische StaatsBibliothek

MDZ Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Tiedemann, Fritz

Wesen und Wirksamkeit der Publiciana in rem actio

1886

J.rom.m. 492 i
urn:nbn:de:bvb:12-bsb11637911-5

J. rom. m.
492 i

I. kom. m.

492 i

Friedemann

Wesen und Wirksamkeit

der

Publiciana in rem actio.

Eine von der juristischen Facultät der
Universität Rostock genehmigte Promotionsschrift

von

Fritz Tiedemann aus **Kröpelin.**

Kröpelin.
Druck von Herm. Rehse.
1886.

263 B

Wesen und Wirksamkeit

der

Publiciana in rem actio.

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS

§. 1.

Das Edict.

Eine oder mehrere Publicianische Klagen?

Der zweite Titel des VI. Buches im Justicianischen Corpus juris, der unserer Klage principaliter eingeräumt ist, wird eingeleitet mit einem Excerpt aus Ulpian's 16. Buch ad edictum, welches folgendermaßen lautet:

„Ait praetor: Si quis id quod traditur ex justa causa non a domino et nondum usucaptum petet judicium dabo."

Daß der Prätor Publicius[1]) nicht mit diesen Worten die nach ihm benannte Klage edicirte, darf als ein gesichertes Resultat der neuesten Forschungen bezeichnet werden. Um so lebhafter bewegt sich aber noch heute der Streit um die Frage, wie das Edict gelautet habe. Innerhalb dieses Streits drängt sich vornehmlich eine Frage in den Vordergrund, der practisches Interesse gerade heute in Rücksicht auf den Erwerb von Grundstücken nicht abzusprechen ist. Gab der Prätor nur eine einzige actio und zwar entweder, wie

---

[1]) Wer dieser Prätor war und wann er lebte, läßt sich wohl mit Sicherheit nie feststellen. Nach Gimmerthal (die publicianische Klage und die Mancipation, pag. 61 ff.) lebte er nach den punischen Kriegen. Ueber die verschiedenen Ansichten, s. Gimmerthal eodem.

Vangerow[1]) meint, nur den gerechten Erwerber von einem Nichteigenthümer, und wurde diese Klage ausgedehnt zum Schutze des bonitorischen Eigenthümers, oder nur dem letzteren, wie Gimmerthal behauptet, oder gab der Prätor sowohl dem bonitarischen Eigenthümer wie dem gerechten Erwerber vom Nichteigenthümer eine actio in einem oder verschiedenen Edicten?

Die letztere Ansicht wird neuerdings von Huschke (das Recht der publicianischen Klage 1874) und Lenel (Beiträge zur Kunde des prätorischen Edicts 1878 und Edictum perpetuum 1883 S. 129) aufgestellt.[2]) Der Erstere reconstruirt die Edictsworte folgendermaßen: si quis id, quod traditum ex justa causa non a domino, sive cum mancipi, esset nec muncipatum vel in jure cessum a domino est, nondum usucaptum petet. Lenel stellt zwei besondere Edicte auf, aus welchen das im corpus juris enthaltene, von dem Compilatoren corrumpirt worden sei. Das dem bonitarischen Eigenthümer gegebene Edict soll gelautet haben: si quis id, quod muncipatur, traditum ex justa causa a domino et nondum usucaptum petet, judicium dabo. Für den gerechten Erwerber von einem Nichteigenthümer lautete es: ei, qui bona fide (non a domino?) emit, si rem traditam sibi et nondum usucaptum petet, judicium dabo.

Ich halte es nach den von Huschke und besonders von Lenel gelieferten Nachweisen für unmöglich, ferner zu bestreiten, daß der Prätor sowohl den gerechten Erwerber a non domino wie den gerechten Eigenthümer besonders schützte; daß er das aber in zwei besonderen Edicten that, wie Lenel meinte, dürfte das wahrscheinlichere sein.

Als sich in Rom mit der Entwickelung des Verkehrs mehr und mehr das Bedürfniß geltend machte, daß auch der-

---

[1]) Vang. Pand. I, § 295, Anmerk. 2.

[2]) Ueber ältere Constructionen des Edicts s. Gimmerthal, pag. 63 ff.

jenige, welcher von einem Eigenthümer eine res mancipi nur durch Tradition erworben hatte, geschützt werde, und als weiter das Bedürfniß sich fühlbar machte, daß auch derjenige geschützt werden müßte, der auf Grund einer im concreten Fall zum Erwerb von Eigenthum geeigneten Erwerbsart, Eigenthum erworben zu haben glaubte, da konnte unmöglich der Prätor das Bedürfniß auf eine und dieselbe Art befriedigen, indem er in beiden Fällen eine und dieselbe actio gab. Er konnte das meines Erachtens deswegen nicht, weil beide Bedürfnisse nicht aus demselben Gedanken erwachsen sein konnten, und weil in beiden Fällen ganz verschiedene Voraussetzungen vorlagen.

Derjenige, welcher von einem Eigenthümer eine res mancipi erworben hatte, aber nicht quiritarischer Eigenthümer geworden war, weil zwischen ihm und dem Verkäufer nicht der umständliche Mancipationsact in Anwendung gebracht war, konnte in erster Linie nur den Wunsch hegen, daß der Gefahr gesteuert werde, daß ihm im nächsten Augenblicke von dem Verkäufer, der Eigenthümer geblieben war, nicht wieder die erworbene Sache mit der rei vindicatio abgenommen würde. Der Prätor gab daher dem Käufer gegen den vindicirenden Eigenthümer die exceptio rei venditae et traditae (eine exceptio doli), in der der Prätor zum Ausdruck brachte, daß es gegen alle Billigkeit sei, wenn der Eigenthümer, dessen Absicht darauf gerichtet gewesen, dem Erwerber der verkauften Sache Eigenthum zu verschaffen, den günstigen Umstand, daß der Erwerbsact nicht in der gesetzlichen Form geschehen war, benutze, um dem Käufer die Sache wieder zu entziehen.

Dieses Schutzmittel war aber ein völlig unzureichendes, wenn der Eigenthümer die verkaufte Sache zufällig wieder in seine Hände bekam. Hatte der Prätor dem Erwerber die Möglichkeit der Defensive gegeben, so mußte er ihm auch die die Möglichkeit der Offensive gegen den Eigenthümer eröffnen. Dies konnte er aber nicht, wie Vangerow auf Grund von

Gajus IV, 92 meint, dadurch daß er dem Erwerber die formula petitoria des Eigenthümers ohne den Zusatz: „ex jure quiritium“ gab. Denn er würde damit sich direct in Widerspruch mit dem civilen Recht gesetzt haben, auch kein judex hätte ihn verstehen können, wenn er den Erwerber „si paret ejus esse“ hätte schützen wollen. Er konnte das nur auf einem Umwege erreichen, indem er eine neue Formel aufstellte, der naturgemäß ein Edict vorhergehen mußte. Mit dieser Klage der Publiciana actio, in Verbindung mit der schon vorhandenen exceptio als replicatio, war das Ziel erreicht.[1])

Diese Publiciana actio war die Kehrseite der exceptio rei venditae et traditae. Beide bezielten in erster Linie Schutz gegen den quiritarischen Eigenthümer. Der Ausgangspunkt war die exceptio.[2])

Wenn der Prätor solchen Schutz dem bonitarischen Eigenthümer gegen den vollen Eigenthümer gewährte, so war darin auch ohne weiteres der Schutz gegen jeden anderen Besitzer ausgesprochen.[3]) Diese Publiciana actio hatte daher die völlige Kraft einer rei vindicatio.

---

[1]) Huschke, S. 90, hält die Anwendung der replicatio rei venditae a traditae auf das bonitarische Eigenthum für überflüssig, weil der Prätor dem quiritarischen Eigenthümer die exceptio dominii versagte. Diese seine Ansicht hängt, abgesehen von Gajus V, 16, mit der weiter unten zu erörternden Ansicht, daß die exc. dominii nur causa cognita ertheilt wurde, zusammen.

[2]) So Leist (bon. possessio S. 264) gegen Leonhardt (in Jahrb. für Dogmatik, Bd. 17). In wie weit ist die exceptio rei vend. et trad. ein lebensfähiges Institut?

[3]) Meines Erachtens ist es undenkbar, daß der Erwerber einer res mancipi durch Tradition in erster Linie gegen Dritte geschützt werde, er würde dadurch leichter geschützt, als derjenige, welcher solche Sache durch Mancipation erworben. Dieser muß nachweisen das Eigenthum seiner Vorgänger, während derjenige, der durch Tradition erworben, dies nicht nöthig gehabt hätte.

Ein ganz anderer Gedanke lag dem Schutze zu Grunde, den der Prätor in dem andern Falle gewährte.

Hier wollte und konnte der gutgläubige Erwerber, der eine Sache auf gesetzlichem Wege, z. B. eine res mancipi durch mancipatio oder in jure cessio oder durch Tradition ꝛc. erworben hatte, aber deshalb nicht Eigenthümer geworden war, weil der Veräußerer nicht Eigenthümer gewesen war, nicht gegen den wirklichen Eigenthümer geschützt werden. Die Billigkeit aber erforderte es, daß ihm, der sich für den Eigenthümer hielt, dieselbe nicht von jedem beliebigen Menschen vorenthalten wurde.

Der Schutz, den der Prätor gab, hatte hier also eine ganz andere Richtung. Sieht man auf die verschiedenen Voraussetzungen, und faßt man die verschiedenen Wirkungen fest in's Auge, welche der Prätor mit seinen Klagen verband, dann darf der Gedanke nicht mehr auftauchen, daß der Prätor in einem und demselben Edict mit denselben Worten so verschiedenartigen Schutz gewährte.

Wer war nun bonitarischer Eigenthümer?

Diese Frage hat bisher die verschiedenartigste Beantwortung gefunden. Man sagte früher, daß die acquisitiones dominii civilis quiritarisches, die acquisitiones naturalis bonitarisches Eigenthum hervorbrächten. Diese Ansicht ist als durchaus irrig zu bezeichnen. Würde Jemand von einem non dominus durch Mancipation erworben haben, so würde man ihn dennoch nicht als quiritarischen Eigenthümer erachten können. Vangerow pag. 543 zählt drei Arten von bonitarischen Eigenthümern auf:

1, diejenigen, denen eine res mancipi vom Eigenthümer tradirt worden ist,
2, diejenigen, die auf Grund einer Prätorischen Erwerbsart erworben haben, z. B. der bonorum possessor, der bonorum venditor, derjenige, der auf Grund einer immissio ex secundo decreto damni infecti causa

oder, der durch einen Sklaven ex causa noxali erworben u. dgl.

3, Derjenige, der erworben hat auf Grund einer prätorischen Erwerbsart, die zwar nicht durch den Prätor eingeführt, aber doch auf Veranlassung des Senats oder kaiserlicher Constitutionen, durch denselben ermittelt sind.

Gimmerthal behauptet, daß bonitarisches Eigenthum nur begründet werde durch traditio einer res mancipi. Alle übrigen Fälle bezeichnet er als prätorisches Eigenthum.

Das Richtige dürfte sein mit Leist anzunehmen, daß der Prätor nicht in gewissen Fällen ein bonitarisches Eigenthum ersonnen und nunmehr es mit Rechtsmitteln ausgestattet habe, sondern daß er vielmehr in gewissen Fällen einen eigenthumsähnlichen Schutz hat antreten lassen, und daß man sodann auf dem Wege juristischer Construction dazu gekommen sei, diese Fälle dem Eigenthume gleich zu stellen. Diese Fälle treten nun aber ein, wo der Erwerber auch gegen den quiritarischen Eigenthümer durch exceptio rei venditae et traditae und durch die Kehrseite derselben die Publiciana actio geschützt wird. Dann würden natürlich auch diejenigen Fälle dahin zu zählen sein, in denen der gutgläubige Erwerber a non domino gegen den dominus geschützt wird.

Nachdem Justinian durch l un. C. de nudo jure Quiritium tollendo (7, 25) jeglichen Unterschied zwischen quiritarischen und bonitarischen Eigenthum aufgehoben hatte, wäre es consequent gewesen, der Schutzmittel des Prätors, durch die das bonitarische Eigenthum, so zu sagen, erst seine Existenz gewann, fortan keiner Erwähnung mehr zu thun.

Das Schutzmittel des quiritarischen Eigenthümers mußte das des bisherigen bonitarischen Eigenthümers werden. Die Publicianische Klage des bonitarischen Eigenthümers wie die exceptio rei venditae et traditae hatten eine

Berechtigung zur Existenz nicht mehr; sie waren überflüssig geworden, da eine Klage gegen den quiritarischen Eigenthümer nicht mehr nothwendig war. Die Erwerbsthatsachen, an welche der Prätor jenen eigenthümlichen Schutz anknüpfte, mußten zu Erwerbsthatsachen werden, auf Grund deren jetzt das einzig mögliche civile Eigenthum erworben wurde.[1])

Jene Consequenz ist gezogen worden, aber nicht in jenem Umfange, wie erforderlich gewesen wäre. Die Compilatoren nahmen eine Reihe von Fällen in das Corpus juris auf, wo nach wie vor die exceptio rei venditae et traditae Anwendung fand, und die actio Publiciana in rem in ihrer Richtung gegen den Eigenthümer bei Bestand blieb.

Es sind jene schon vorhin erwähnten, wo Jemand von einem Nichteigenthümer erwarb, der später Eigenthümer ward, oder wo Jemand von einem Eigenthümer kaufte und den Besitz fehlerlos verlangte.

Die Compilatoren nahmen diese Fälle auf, weil sie, irregeleitet durch die Thatsache, daß hier Jemand von einem Nichteigenthümer erworben hatte, diese Fälle fälschlich zu denjenigen zu zählen, für welche der Prätor die actio in rem des redlichen **Erwerbers** gegeben hatte. Sie übersahen, daß neben dem Schutze, der in diesen Fällen den Erwerbern a non dominis als solchen zukam, der Prätor ihnen noch den andern Schutz gewährte, welchen er denjenigen gab, die a domino, aber nicht auf dem Wege, den das Civilrecht gebot, erworben hatten. Der Prätor schützte mit dieser Klage, weil ein ganz anderes Bedürfniß sich hier wie dort geltend machte.

Das Resultat der Untersuchung läßt sich fast dahin zusammenfassen:

---

[1]) Mit dieser Frage beschäftigt sich hauptsächlich die schon erwähnte Abhandlung von Leonhard, der zu gleichen Resultaten gelangt.

1, der Prätor gab eine Klage gegen denjenigen, der von einem Eigenthümer, aber vermittelst einer Erwerbsthatsache erworben hatte, wodurch er nicht Eigenthümer ward. Diese Klage war gerichtet gegen den Eigenthümer selbst. Sie ersetzte die civile Rei vendicatio.

2, gab er demjenigen eine Klage, der von einem Nichteigenthümer erworben, aber Grund hatte, zu glauben, Eigenthümer geworden zu sein. Der Schutz, den diese Klage bieten sollte, war gerichtet gegen diejenigen, welche dem Erwerber die Sache ohne Grund entzogen hatten. Unter diesen

3, stattete der Prätor einige Erwerber mit der sub 1 genannten Klage gegen den Eigenthümer aus.

4, Mit Justinians Gesetzgebung fiel die sub 1 genannte Klage weg; indessen nahmen die Compilatoren die sub 3 gedachten Fälle vollständig in das corpus juris auf.

5, Es bestehen demnach noch die beiden Publicianischen Klagen. Sie traten zu Tage in den sub 3 gedachten Fällen.

Halten wir an dem vorstehenden Resultate fest, so fällt damit ein überraschendes Licht auf die rechtliche Natur der exceptio dominii. (Darüber weiter unten.)

Auf eine Prüfung der Frage, welchen Wortlaut die verschiedenen Edicte gehabt haben, soll hier nicht näher eingegangen werden. Im Laufe der Abhandlung werden hier und da die einschlägigen Fragen wieder berührt werden. Des Näheren ist zu verweisen auf Lenel, Huschke, Rudorff: perpetuum edictum.

Im Folgenden soll nun zunächst die actio Publiciana, welche der Prätor dem rechtmäßigen Erwerber gab, einer Betrachtung unterzogen werden. Der Publiciana actio des bonitarischen Eigenthümers wird erst wieder bei Gelegenheit der excep. dominii und später gedacht werden.

§. 2.

Ist die Grundlage der actio Publiciana ein dingliches Recht?

Daß die Publiciana actio eine actio in rem ist, d. h. daß sie im Princip gegen Alle geht, wird von Niemanden bestritten, daß einer dinglichen Klage ein dingliches Recht zu Grunde liegen muß, wird gleichfalls nicht bestritten. Daß demnach der Publiciana actio auch ein dingliches Recht zu Grunde liegen mußte, ist eine Folgerung, um die sich die meisten neueren Schriftsteller mit einer gewissen Scheu wegzudrücken suchten. Der Grund ist, weil man die Klage als eine Klage des bonae fidei possessor oder des Usucapinaten bezeichnet — und der Streit, ob die bonae fidei possessio ein factum oder ein Recht ist, wogt jetzt heftiger als je! Ich führe zum Beleg meiner Behauptung einen Schriftsteller statt vieler an: Windscheid lehrt §. 150 seines Lehrbuchs, daß die possessio im Allgemeinen, insbesondere also auch die bonae fidei possessio ein factum und kein Recht sei. Er bestreitet die rechtliche Natur des Besitzes so sehr, daß er die Behauptung aufstellt, der Besitz sei so wenig ein Recht, daß er gar nicht definirt werden könne, ohne als Thatsache dem Rechte entgegengesetzt zu werden. In §. 166 bemerkt er, daß die dinglichen Rechte wie von einem Schatten, von einem andern Verhältniß begleitet würden, es sei dies das Verhältniß des bonae fidei possessor, dessen, dem das dingliche Recht nicht zustehe, der aber der redlichen und durch Thatsachen gerechtfertigten Ueberzeugung sei, daß es ihm zustehe. — Bei Darstellung seiner Lehre von den Ansprüchen (§§. 37 ff.) lehrt er, daß das dingliche Recht eine von der Rechtsordnung verliehene Willensmacht ist, deren unmittelbarer Gegenstand eine Sache ist; daß der dingliche Anspruch die persönliche Richtung des dinglichen Rechts ist, daß der dingliche

Anspruch ein Ausfluß des dinglichen Rechts ist. Pag. 103 (4. Aufl.) sagt er: „es ist mit dem Wesen des dinglichen Rechts nicht unverträglich, daß dessen Wirksamkeit gegen gewisse Personen ausgeschlossen sei. In Folge dessen giebt es dingliche Ansprüche, welche, wenn sie auch im Princip gegen Jedermann gehen, doch gegen gewisse Personen nicht durchsetzbar sind", und in der Note 5 dazu giebt er die Bemerkung, daß zu diesen dinglichen Ansprüchen namentlich die actio Publiciana gehöre. In Note 5 zu §. 45 hebt er weiter hervor, „was auch die dingliche actio im letzten Resultate vom Gegner verlangen mag, sie verlangt es von ihm auf Grund des dinglichen Rechts, und so ist es in erster Linie immer das Bestehen des dinglichen Rechts, worauf sie gerichtet ist."

Drängt sich uns Angesichts dieser Sätze nicht die Nothwendigkeit auf, zu behaupten, daß Windscheid in der That sich dahin neigt, als Grund der Klage ein dingliches Recht aufzustellen, wenn schon er dessen bei Darstellung der Publiciana actio nicht erwähnt, und wenn schon er die dingliche Natur der bonae fidei possessio entschieden leugnet?

Welches ist nun aber dieses dingliche Recht, daß wir der Klage zu Grunde legen müssen?

Wenn Dernburg in seinem Lehrbuch, §. 194, die Ansicht aufstellt, daß der gutgläubige Besitz einen dinglichen Charakter habe, daß derselbe den Rechten an fremder Sache unterzuordnen sei, daß der gutgläubige Besitzer an seiner Sache eine dingliche Berechtigung habe, welches die Gestalt des Eigenthums habe, so möchte ich — um das Resultat der Untersuchung hier gleich aufzustellen, — das Recht, welches der actio publiciana zu Grunde liegt, gleichfalls bezeichnen, als ein Recht an einer fremden Sache, welches nur unter den im Edict aufgestellten Voraussetzungen erworben werden kann.

Da, wie sich unten zeigen wird, zum Erwerb dieses Rechts Besitzerwerb nicht absolut nothwendig, so ergiebt sich

daraus, daß das Publicianische Recht die bonae fidei possessio nicht ist, obwohl letztere in ersteres mit eingeschlossen ist.

Wenn gegen diese Ansicht von vornherein geltend gemacht werden kann, daß der Prätor in seinem Edicte nur Voraussetzungen der Klage aufgestellt, dagegen ein Recht, daß er habe schützen wollen, nicht erwähnt habe, daß auch von den Commentatores dieses Recht nicht hervorgehoben worden, vielmehr stets immer auf die Klagthatsachen gesehen würde, so mag hiegegen eine Aeußerung Ihering's Platz finden, die er zum Schluß des dritten Bandes seines Werkes: „Geist des römischen Rechts“ macht: „der Standpunkt der römischen Juristen war der unmittelbar practische, der der Klage. Wie das der Klage zu Grunde liegende Recht systematisch zu characterisiren und zu classificiren sei, kümmerte sie wenig, — hat man doch behauptet, daß sie nicht einmal beim Pfandrecht die Abstraction von der Klage auf das Recht gemacht, sondern sich bei der Vorstellung der Pfand k l a g e beruhigt hätten. Unser heutiger Standpunkt ist aber — — — ein anderer geworden, das Fundament unserer heutigen wissenschaftlichen Systematik bildet nicht die Klage, sondern das Recht.“

Bevor die aufgestellte Ansicht näher entwickelt wird, sollen zunächst die neueren Ansichten über das Wesen der Publiciana actio kurz dargestellt werden.

---

§. 3.

Neuere Ansichten über die Publiciana.

A. Am meisten Aehnlichkeit mit der diesseitigen Auffassung zeigt die jüngste Theorie Huschke's. Huschke macht in seiner Abhandlung „das Recht der publicianischen Klage“,

zum eigentlichen der Klage zu Grunde liegenden Gedanken: „das im Selbstbesitz gleichsam nur friedlich wirksame Recht zu einem activen, d. h. unabhängig von eigenen oder vielmehr bei von einem dritten vorenthaltenen Besitz klagbar zu machen.“ Er erläutert dies dahin, daß das Civilrecht durch Einführung der Usucapion, dem äußerlich und nach seinem Bewußtsein gerechten Erwerber, der doch nicht Eigenthümer geworden war, gleichsam das Recht eines präsumtiv werdenden Eigenthümers beigelegt habe, indem es die bloße, auf Grund eines äußerlich rechtmäßigen Vorganges redlich begonnene, in ununterbrochen fortgesetzter äußerer Aneignung der Sache bestehende Ausübung des Eigenthums, als einen nach gewisser Zeitdauer selbst den Eigenthümer ausschließenden Erwerb ansah. Der Prätor habe dies vom Civilrecht schon anerkannte Recht des werdenden Eigenthümers nur klagbar gemacht und zwar unabhängig vom Besitz. Die Publicianische Klage soll demnach materiell, wie historisch einen nothwendigen Zusammenhang haben mit der Usucapion.

Es ist mir nicht gelungen, klar zu sehen, in welcher Weise nach der Theorie Huschke's der Zusammenhang der Publiciana mit Usucapion gewahrt sei. Wenn es wahr ist, daß das civile Recht ein Recht des Usucapienten anerkannte, so konnte das nur der Usucapionbesitz sein. (Uebrigens ist nach der herrschenden Ansicht, die durch Quellenstellen belegt ist, die Usucapion nur eingeführt, um dem Eigenthümer die Klage zu nehmen.)

Der Besitz ist so sehr Erforderniß für den Usucapienten, daß bei der Unterbrechung desselben von einer Usucapion nicht mehr die Rede sein kann. In dem Augenblicke, wo dieses Recht des Usucapienten aufhört zu sein, da soll es nach dem Willen des Prätors activ hervortreten? Wo bleibt da der materielle Zusammenhang? Liegt nicht vielmehr ein vollständiges Aufgeben der anfänglichen Grundlage vor?! Nichts desto weniger will Huschke nicht die Indentität des

der Publiciana actio zu Grunde liegenden Rechts mit dem Rechte des Usucapienten gestört wissen. Allein es bleibt unbestritten, daß, wenn Jemand dem werdenden Eigenthümer seine Sache, die er an Usucapionsbesitz hat, entzieht, dadurch nothwendig bewirkt wird, daß das werdende Eigenthum aufhört zu werden. Huschke wird dies nicht bestreiten können in Anbetracht des Satzes, daß der Usucapient, sobald er nach Verlust seiner Sache diese wieder erlangt, von neuem zu usucapiren beginnt. Daraus folgt, daß das neue Recht des Usucapienten nicht das alte Recht ist, was er hatte. Wenn daher der Usucapient, der seine Sache verloren hat, mit der Publiciana klagt, so kann er seine Klage nicht darauf stützen, daß er Usucapionsrecht habe, sondern daß er es gehabt habe. Jedenfalls aber, wenn dies nicht richtig sein sollte, würde der Kläger, falls er nach Wiedererlangung des Besitzes abermals denselben verlieren würde, nicht auf Grund desselben Rechts klagen können, auf Grund dessen er vorhin klagte, denn das Usucapionsrecht des Klägers ist nach Wiederherstellung des Besitzes ein anderes geworden. Zu welchen absurden Consequenzen gelangt man somit? Der Kläger klagt auf Grund eines untergegangenen Rechts auf Wiederherstellung desselben oder vielmehr eines ähnlichen Rechts; oder Kläger klagt auf Grund eines Rechts auf Wiedererlangung einer Sache, durch deren Besitz er ein neues Recht erwirbt!!

Meines Erachtens ist Huschke auf halbem Wege stehen geblieben. Der Grund, der ihn hinderte weiter fortzuschreiten, bildete die Usucapionsfiction in der Klagformel. Hätte er das Wesen derselben richtig erkannt, und sich über dieselbe hinweggesetzt, so hätte er zu demselben Resultate gelangen müssen, welches hier aufgestellt ist.

B. Im Gegensatz zu der Lehre Huschke's nahmen Andere von der Annahme, der Klage läge ein Recht zu Grunde, jeglichen Abstand. Unter den Pandectisten sind es Windscheid

und Vangerow, die den Gegensatz, wenn auch nicht direct, zum Ausdruck bringen.

Die Publicianische Klage setzt nicht redlichen Besitz, sondern nur redlichen Erwerb voraus, so bemerkt Windscheid in Note 8 zu §. 148, und er verweist dabei auf §. 199, in welchem er beginnt, „Gleiches Recht gewährt, wie das Eigenthum gegen Jedermann, der redliche Erwerb einer Sache." Also nur die bloße Thatsache, daß Jemand eine Sache redlich erworben hat, gewährt ihm das Recht gegen Jeden vorzugehen, der nicht wenigstens gleichviel für sich anführen kann.

Windscheid sagt nicht, daß Jemand durch den redlichen Erwerb einer Sache ein Recht an dieser Sache erwirbt, sondern daß er nur eine dingliche actio erwirbt, wie sie das Eigenthum zur Folge hat.

Ebenso characterisirt auch Vangerow (7. Aufl.) S. 665 das Wesen der Publicianischen Klage im Gegensatz zur Rei vindicatio. Während bei der Vindication das volle Eigenthumsrecht bewiesen werden muß, so genügt bei der actio Publiciana die Nachweisung, daß man den Besitz der fraglichen Sache justa causa erworben habe.

Nach diesen Lehrern ist also die Klage eine auf bloßen Thatsachen und nicht auf einem Rechte begründete, die actio demnach eine actio in factum. Windscheid hat es nicht versucht, die Consequenzen seiner Lehre zu ziehen. Es war dies einem Neueren vorbehalten.

Schulin stellt in seiner Abhandlung „Ueber einige Anwendungsfälle der Publiciana in rem actio" folgende Sätze auf: Sind bei der Publiciana die Thatsachen die unmittelbare und die alleinige Grundlage der Klage, so sind sie es bei der Rei vindicatio nur mittelbar. Wer mit der Publiciana klagt, siegt, wenn er die Wahrheit der von ihm behaupteten Thatsachen beweist und der Beklagte kein Recht nachweisen kann; wer mit der Rei vindicatio klagt, siegt

nur, wenn durch das Beweisverfahren festgestellt ist, daß er auf Grund der in seiner Person begründeten Thatsachen auch wirklich Eigenthümer geworden ist. Wer die Existenz der zur Begründung der actio Publiciana nothwendigen Voraussetzungen nachweisen kann, wird mit dieser Klage siegen, wenn auch vielleicht das durch dieselben Thatsachen in seiner Person begründete Recht schon längst untergegangen ist. Wer mit dem Verlust seines Eigenthums die Rei vindicatio eingebüßt hat, wird noch immer die Publiciana zur Verfügung haben, und der Beklagte wird nie geltend machen können, daß die Klage in der Person des Klägers nicht begründet sei, sondern er wird sich nur excipiendo auf ein ihm in Bezug auf die Sache zustehendes Recht berufen können.

Wäre der gewesene Eigenthümer mit der Rei vindicatio aufgetreten, so würde er doch, und könnte er auch die Thatsachen anführen, die zur Entstehung seines Rechts geführt haben, unterliegen, wenn der Beklagte beweisen könnte, daß sein Eigenthumsrecht erloschen sei. — „Das ist die große Verschiedenheit der actio Publiciana und der Rei vindicatio, daß jene sich auf Thatsachen stützt und facta infecta fieri nequeunt. Darum wird die actio Publiciana, wo sie einmal begründet ist, auch immer begründet bleiben. Die Rei vindicatio stützt sich dagegen auf ein Recht. Dieses ist vergänglich und mit ihm die Rei vindicatio.

Man muß das Schulin'sche Buch gelesen haben, um in der Ansicht bestärkt zu werden, daß in der That die Grundlage der Publiciana ein Recht ist.

Uebrigens redet auch Pagenstecher (die römische Lehre vom Eigenthum, pag. 193 der III. 7) von einer unabhängigen ewigen Klage.

Diese auf ewige Zeit begründete Klage, welche nach Schulin selbst dann noch mit Erfolg gegen einen Besitzer angestellt werden kann, wenn ein Dritter inzwischen die

Sache usucapirte, hat von Huschke, sowie von Jeß (Jahrbuch für Dogm., B. 14) eine vernichtende Kritik erfahren.

Wie sollte auch gewesenes Eigenthum, so bemerkt Dernburg (Lehrb., pag. 528 u. 17) gegenwärtigen Besitz überwinden! Ein Todtes das Lebendige! —

C. Mit Vorliebe sieht man heute die juristischen Schriftsteller mit dem Begriffe des relativ besseren Rechts operiren. Man sagt, daß derjenige, welcher ein relativ besseres Recht habe, geschützt werden müsse, gegen denjenigen, dessen Recht ein schlechteres sei.

Deurer hat im Jahrb. für Dogmatik, B. I, dem „Schutz des relativ besseren Rechts“ eine längere Abhandlung gewidmet. Seine Lehrsätze sind folgende: Die Rechte lassen sich im Allgemeinen (abgesehen vom positiven Rechte) nach ihren Bestandtheilen in zwei Klassen unterscheiden. Die einen Rechte haben feststehende, ein für alle Mal bestimmte Elemente, aus deren Summen sie hervorgehen. Sie haben die ewig gleiche Wirkung. Diesen „absoluten Rechten“ stehen die relativen Rechte gegenüber. Das sind die Rechte, deren Elemente unbestimmt, die aber in ihren Wirkungen bestimmt sind, bestimmt insofern, als sie hinreichen, den ihnen gegenüberstehenden Widerstand zu beseitigen. Der Effect dieser Rechte richtet sich nach der Berechtigung des Widerstandes des Gegners. Zu ihren Bestandtheilen wird nur ein plus verlangt über die Berechtigung des Gegners, und mit diesem plus operiren sie sodann ebenso wirksam, wie das absolute Recht.

Deurer will den Schutz des relativ besseren Rechts im römischen Recht fundirt finden. Er bietet folgendes Beispiel:

Dem bloßen Inhaber einer Sache wird diese vom possessor abgenommen, dieser unterliegt als injustus possessor dem justus possessor, der seinerseits vom bonae fidei possessor besiegt wird, dem endlich wieder die Sache vom dominus abgenommen wird.

Die Publiciana in rem actio ist demnach der Schutz, der dem gutgläubigen Besitzer gegen den relativ schlechter Berechtigten gegeben wird.

Wenn mit diesen Sätzen gesagt wird, daß der Billigkeit entsprochen worden sei,[1]) als der Prätor dem gutgläubigen Erwerber einer Sache Schutz versprach, so ist an der Richtigkeit derselben nicht zu zweifeln. Wenn aber damit gesagt sein soll, daß der schlechter Berechtigte, eben weil er schlechter berechtigt sei, als sein Gegner, diesem unterliegen müsse,[2]) so sind die aufgestellten Sätze nur zum Theil richtig. Der Schutz, der dem besser Berechtigten gegenüber dem schlechter Berechtigten schlechthin gewährt wird, wird unter Umständen für den Letzteren die größte Unbilligkeit zur Folge haben. Man beachte zum Beweise die von Jeß, pag. 213, 214, Jahrb. für Dogmatik, B. 14, construirten Beispiele.[3])

D. Einer besonderen Hervorhebung bedarf noch die Delbrück'sche Ansicht (die dingliche Klage).

Der ältere Besitz ist nach ihm der wichtigste Begriff nicht nur der ganzen Besitzlehre, sondern auch der Eigenthumslehre. Der ältere Besitz als solcher begründet die vin-

---

[1]) In einem ganz besonderen Sinne hat O. Meyer (die justa causa bei Tradition und Usucapion) die aequitas als Ausgangspunkt seiner Lehre über die Publiciana actio genommen. Nach ihm ist die Publicianische Klage eine auf Grundsätzen der aequitas beruhende Klage. Die aequitas greift aber völlig freiwillig ein und sie bestimmt daher die Erfordernisse nach eigenem Ermessen. Die Publiciana actio ist daher nicht der Schutz des verhältnißmäßig besseren Rechts.

[2]) So Vangerow, B. I, pag. 694, der daselbst folgenden Satz aufstellt: „es mußte im hohen Grade billig erscheinen, daß der, welcher beweisen konnte, daß er die Sache auf redliche Weise erworben, dieselbe von Jemanden abholen kann, der keinen Erwerbungsgrund für sich anführen" kann.

[3]) Auf den Schutz des relativ besseren Rechts fundiren die Publiciana actio weiter: Gerstenring, Lehre vom Eigenthum, S. 382, Puchta, Brums, im Jahrb. für Dogm., B. 4.

dicatio im römisch-rechtlichen Sinne und zwar gegen jeden jüngeren Besitzer, der nicht einen Titel für sich beweist oder eine Veräußerung des Besitzes vom Kläger; kann letzterer ferner beweisen, daß er den Besitz wider Willen verloren hat, so ist selbst der Beweis des Titels auf Seiten des Beklagten ausgeschlossen, und derselbe kann nur siegen, wenn er volles Eigenthum nachweist.

Die eigentliche Quelle findet Delbrück darin, daß durch die Verbindung der altgermanischen Vindication mit dem Römischen Recht im Mittelalter von Theorie mit Praxis diese neue Vindication aus älterem Besitz ausgebildet sei. Delbrück geht davon aus, daß der Eigenthümerschutz bei den Römern auf ungenügende und unzweckmäßige Weise, besonders beim derivativen Erwerb, ausgebildet sei. Indem die Römer dies eingesehen hätten, hätten sie zur Erleichterung des Beweises der Vindication die Usucapion aufgestellt, wobei man also nicht im Auge gehabt hätte, eine neue Erwerbsart zu schaffen. Ebenso wenig hätten die Römer mit Aufstellung der actio Publiciana dem bonae fidei possessor eine Klage geben wollen, sondern nur dem Eigenthümer helfen wollen.

Die Delbrück'sche Lehre hat eine Widerlegung gefunden durch Bruns, im Jahrb. für Dogm., B. 4, und Pagenstecher (Lehre vom Eigenthum, B. 3).

Nur eine Bemerkung mag hier noch Platz finden, rücksichtlich der Ausgangspunkte seiner Lehre. Wenn er behauptet, daß die Publiciana actio zum Schutz des Eigenthümers aufgestellt sei, (und diese Ansicht stellt auch Vangerow, wenn auch nicht so bestimmt, wie Delbrück auf,[1]) so widersprechen dieser Auffassung durchaus die Quellen.

cfr. §. 4. J. h. t. l. 17. D. h. t. u. a. m.

---

[1]) Auch Tigerström (bonae fidei possessio, Kritz (Darstellung practischer Materien des Röm. Rechts), können in gewisser Beziehung hierher gerechnet werden. Ueber sie vergl. Vangerow, pag. 664.

In ihnen wird keine Rücksicht auf den dominus genommen. Es handelt sich dort um den Schutz dessen, der a non domino erworben hat.

E. Endlich mag noch kurz erwähnt werden die Ansicht von Gimmerthal (die Publicianische Klage und die Mancipation); die Publiciana actio ist nach ihm (auch heute noch) eine auf Herausgabe einer res mancipi gerichtete dingliche Klage. Seine Ansicht dürfte Anhänger nicht gefunden haben.

---

§. 4.

Die Bedeutung der Formel. Die Fiction. Das Publicianische Recht.

Der oben aufgestellte Begriff des dinglichen Rechts, welches der actio Publiciana zu Grunde liegt, wie behauptet worden, ist jetzt näher zu erläutern. Es mag dies zunächst negativ geschehen.

Das dingliche Recht des Publicianischen Klägers ist kein putatives Eigenthum, wie man es häufig bezeichnet findet. Denn wenn ich nur Eigenthum zu haben *vermeine*, so habe ich eben kein Eigenthumsrecht. Was ich denn sonst habe, sagt der Begriff nicht. Es ist ferner nicht „werdendes Eigenthum“ ein Recht, das erst in der Entwickelung begriffen ist. Ein Recht existirt entweder ganz, oder es ist gar nicht da. Der Begriff, präsumtives Eigenthum, ist im materiellen Recht absolut nicht zu verwerthen, man könnte davon nur im processualen Sinne sprechen. Am meisten findet man den Ausdruck „fingirtes Eigenthum“. Dieser völlig zu verwerfende Begriff verdankt seine Entstehung der Formel, welche der Prätor dem Publicianischen Kläger gab, und der Erklärung dieser Formel durch Gajus 4, 34—38. Ehe wir zur Erklärung der Formel übergehen, wollen wir abstract betrachten, ob es denn möglich ist, Rechte zu fingiren.

Was versteht man unter Fiction?

Man spricht nur von einer Fiction, wenn die Rechtsordnung eine Wirkung, also Entstehung, Endigung, Veränderung eines Rechts anknüpft an eine Thatsache oder ein Rechtsverhältniß, welchem diese Wirkung an sich gar nicht zukommen würde, aber in Rücksicht auf eine Thatsache oder ein Rechtsverhältniß, das gar nicht vorliegt, das nur als vorliegend angenommen wird. Hat man einmal die Rechtsordnung Thatsachen oder Rechtsverhältnisse angenommen, die gar nicht da sind, also fingirt, und ist in Folge dessen das Recht entstanden, verändert, aufgehoben, so ist es auch wirklich entstanden, verändert, aufgehoben, und nicht das Recht fingirt. Der römische Bürger wird dadurch, daß er in feindliche Gefangenschaft geräth, Sklave, also rechtlos. Sein Testament wird mit dem Augenblicke der Gefangennahme irritum. Hier sagen die Römer, „wir wollen annehmen, daß er im Moment der Gefangennahme gestorben ist.“ Man wird doch hier nicht sagen wollen, das Testament, obwohl irritum, werde als rechtsbeständig fingirt!

Es ist wirklich rechtsbeständig. Man verwechselt eben die Voraussetzung der Fiction und die Wirkung, d. i. das durch die Fiction entstandene Recht.

Der Prätor ertheilt nur dem Publicianischen Kläger, der von ihm einen Schutz begehrt, folgende Formel (Gajus):

Judex esto! si quem hominem Aulus Agerius emit, et is ei traditus est, anno possedisset, tum si eum hominem, de quo agitur, ejus ex jure Quiritium esse oporteret et rel.

In dieser Formel weist der Prätor den Richter an, zu fingiren, der Kläger habe die verlorene Sache schon ein Jahr lang besessen. Das wäre Fiction einer Thatsache, welche zur Folge hätte, daß der Kläger Eigenthümer wäre.

Hat nun aber der Prätor diese Absicht gehabt, dem Kläger Eigenthum zu geben? Allen Ernstes hat man dies

behauptet. Huschke, pag. 21, sagt wörtlich: „Sie ist — — — eine actio fictitia, mit der als solcher der Kläger auch Eigenthum(?) behauptet; denn auch der Prätor macht in ihrer Formel die Verurtheilung von vornherein von einem fictionsweise durch vollendete Usucapion begründeten Eigenthum abhängig."

Damit wäre ohne weiteres das wirkliche Eigenthum verneint! und Kläger müßte demnach auch gegen denjenigen durchdringen, der behauptet, Eigenthümer zu sein.

Allein, so erwidert man, wenn sich ergäbe, daß Beklagter wirklich Eigenthümer sei, so wolle der Prätor wiederum diese Thatsachen nicht fingirt wissen, und deshalb füge er eine exceptio ein. (cfr. Jeß, pag. 216.) [1]) Abgesehen von der Unrichtigkeit der letzten Behauptung (der Kläger wird nach wie vor geschützt gegen jeden andern, das wäre nicht der Fall, wenn nun plötzlich die Fiction cessiren sollte), ist es nun auch falsch, wenn Huschke meinte, der Kläger trete mit der Behauptung auf, er sei Eigenthümer. Wie sollte Kläger behaupten können, Eigenthümer zu sein, wenn er das nicht nachweisen kann? Erscheint der Publizianische Kläger vor dem Prätor, so behauptet er vielmehr nur, rechtmäßig die verlorene Sache erworben zu haben, und daß er glaube, Eigenthümer zu sein. Der Prätor ertheilt ihm darauf die Formel, der Kläger tritt damit vor den Richter, der nunmehr untersucht, ob dasjenige vorliegt, was der Prätor in der Formel als Voraussetzung der Verurtheilung aufgestellt hat, der Kläger behauptet nicht mehr oder nicht weniger, als was er vorhin vor dem Prätor behauptet hat. Er hat nur zu beweisen, was der judex verlangt; was der Prätor in die Formel geschrieben, kümmert ihn wenig. Man beruft sich nun weiter dafür, daß der Prätor Eigenthum fingirt habe, auf Gajus 4, 36.

---

[1]) Darüber, daß diese exceptio dominii eine ganz andere Bedeutung hat, vgl. unten §. 9.

Ejusdem generis est, quae publiciana vocatur: datur autem haec actio ei, qui ex justa causa traditam sibi rem nondum usucepit eamque amissa possessione petit; nam quia non potest eam ex jure Quiritium suam esse intendere, fingitur rem usucepisse et ita quasi ex jure Quiritium dominus factus est.

Wozu auch §. 4, J. 4, 6, sese quasi usucepisse gleichfalls stimme.

Meines Erachtens hat nun Gajus mit diesen Worten gar nicht das, was man stets herauslieſt, sagen wollen. Gajus will vielmehr nur die rechtliche Natur der actiones fictitiae an einem Beispiel erläutern. Ja, nicht ein Mal dies, er wollte zeigen, in welcher Weise der Prätor Rechtsverhältnisse, deren Schutz im civilen Recht nicht vorgesehen war, in seinen Schutz nehme, und daß er dies auch auf dem Wege der Fiction erreichen konnte; zur Illustration wählte er die Publiciana actio.

Halten wir fest, daß der Prätor, dem vornehmlich die Aufgabe zufiel, den Rechtsschutz für die Rechtsverhältnisse des jus civile zu organisiren, daneben auch bemüht war, neue Rechtsverhältnisse, welche der tägliche Verkehr in's Leben rief, und welche gerechten Anspruch auf Anerkennung neben den Rechtsverhältnissen des jus civile verlangten, durch seine Fürsorge zu schützen. Wie konnte er diesen Zweck erreichen, ohne sich eines Verstoßes gegen das civile Recht schuldig zu machen? Er that das auf einem Umwege, indem er nicht unmittelbar in das materielle Recht eingriff und dieses veränderte, sondern auf processualem Wege vorging. Dort boten sich ihm verschiedene Mittel: entweder wies er den Richter an, den vorliegenden Fall nach Analogie eines im Civilrecht begründeten Rechtsverhältnisses zu behandeln, oder: er brachte in der That seine Autorität neben der Regel des civilen Rechts zur Geltung, daß er den Richter anwies, gewisse Thatsachen oder Rechtsverhältnisse zu fingiren, in unserem Falle: es so anzusehen, als wenn der Kläger schon ein Jahr besessen hätte.

Der Richter konnte nun frei und unbefangen urtheilen, ohne sein Gewissen damit belastet zu haben ein Rechtsverhältniß geschützt zu haben, dem das civile Recht keinen Schutz gewährte. Für den Prätor aber lag im concreten Fall nichts näher, als zu der Fiction der Usucapion zu greifen, da er sah, daß dasselbe Rechtsverhältniß, welches er schützen wollte, nach einer gewissen Dauer das civile Recht selbst schützen würde.

Um es kurz zu wiederholen: wenn der Prätor den Richter anwies, Thatsachen, die nicht vorhanden, als vorhanden anzunehmen, so hatte das vom Standpunkt des Prätors nur den Zweck, sein neubegründetes Recht formell mit dem jus civile zu vermitteln. Durch diese Fiction in der Formel ist ein materieller Zusammenhang mit der Usucapion garnicht gewollt. Die Usucapion kann, wenn man will, als ein Mittel aufgefaßt werden, um das nun vorliegende prätorische Recht in Einklang zu bringen mit dem civilen Recht; wenn dieses Mittel seine Dienste gethan, dann war es fortan so gut als nicht vorhanden.

Materielle Bedeutung hat die Fiction nicht, man darf aus derselben materielrechtliche Sätze für die publicianische Klage nicht ableiten. Wenn Dernburg behauptet, daß diese Beziehung auf die Usucapion der neuen Klage Form und Gestalt gab, so mag das im Allgemeinen richtig sein. Der ferneren Entwickelung des durch und in der neuen Klage begründeten Rechts dürfte aber durch diese Beziehung auf die Usucapion keine Fesseln angelegt werden. Wenn dies durch die Commentatoren dennoch geschehen, so wurde dadurch, wie Dernburg bemerkt, etwas Fremdes in dieses Institut hereingebracht. Die Sätze, welche in dieser Weise durch die Commentatoren aufgestellt, können uns, wenn wir das Wesen der Fiction, ihre jegliche Bedeutungslosigkeit für das publicianische Recht erkannt haben, nicht zwingen, auf diesem Wege fortzuschreiten.

Daß die Worte, „nondum usucaptum“ einen Hinweis auf die Usucapion nicht enthalten, vielmehr lediglich eine negative Bedeutung haben, wird unten weiter ausgeführt werden.

Aus dem Gesagten folgt weiter, daß die publicianische Klage eine Klage des Usucapienten nicht ist, daß er sich aber derselben bedienen kann und muß, wenn ihm der Usucapionsbesitz entzogen wird, liegt auf der Hand, da auch er ja das publicianische Recht hat.

Nach der Theorie derer, die die Klage dem Usucapienten geben, soll dieselbe ihm die Möglichkeit gewähren, die Usucapion wieder von Neuem zu beginnen. Nach unserer Theorie soll die Klage die Wiederherstellung des ihrem zu Grunde liegenden Rechte entsprechenden thatsächlichen Zustandes bezwecken.

Wir haben jetzt positiv den Character des publicianischen Rechts aufzustellen. Wenn der Prätor actio giebt, dann giebt er damit ein Recht, selbst wenn diese actio eine reine in factum wäre? Die Publiciana actio ist eine vindicatio, die also gegen jeden geht, der das Recht des Berechtigten verletzt. Der Prätor deutet dies an durch das Wort petet. Das unterliegende Recht ist demnach ein dingliches Recht. Dieses Recht ist gerichtet auf totale Unterwerfung der Sache, es hat die Gestalt des Eigenthumsrechts, da aber ein wirkliches in civilem Recht geschütztes Eigenthum besteht, der Prätor mit der Begründung seines Rechts dies Eigenthumsrecht nicht negiren will oder kann, so folgt daraus, daß das pulicianische Recht ein Recht an fremder Sache ist, welches die Gestalt des Eigenthums hat. Es hat Aehnlichkeit mit dem Rechte des Emphytunte, unterscheidet sich aber dadurch wesentlich von demselben, daß es keine Beschränkung des Eigenthums involvirt. Im Kampfe mit diesem unterliegt es bedingungslos, vergl. unten § 9.

Daß aber das publicianische Recht die Gestalt des

Eigenthumsrechts hat, darauf weißt Ulpian mit nicht mißzuverstehenden Worten hin: Publiciana actio ad instar proprietatis non ad instar possessionis respicit (l 7 §. 6 D. h. t.)

Ebenso Paulus l. 35 D. 44,7: Item Publicianca quae ad excemplum vindicationis datur. Die dingliche Natur des publicianischen Rechts bringt Neratius l. 31 D. de A. E. S. 19,1 zum Ausdruck, indem er redet von einem qui prior jus apprehendit, hoc est cui primum tradita est.

In demselben Buch (libro tertio Membranorum) hebt er hervor, daß indessen dieses Recht eine Beschränkung des Eigenthümers nicht zur Folge hat. Publiciana actio non ideo comparata est, ut res domino anferatur (l 17 D. h. t.)

Als dingliches Recht, welches die Gestalt des Eigenthums hat, unterliegt das Public.-Recht denselben Endigungsgründen, den dingliche Rechte überhaupt unterliegen. Zu denselben tritt in Folge der rechtlichen Natur dieses Rechts noch ein weiterer Endigungsgrund hinzu, darüber soll später in § 8 gehandelt werden. Die Voraussetzung der Entstehung des Rechts hat der Prätor aufgestellt, darüber im folgenden § 6.

Die Function der Klage selbst ist diejenige der Rei vindicatio, dies drückt Ulpian in den Worten aus: In Publiciana actione omnia eodem erunt, quae in rei vindicatione diximus (l. 7 § 8 D. h. t.). Die Function der Rei vindicatio ist eine zweifache, ihrem Zweck entsprechend. Sie ist entweder das Mittel, das Eigenthumsrecht geltend zu machen, oder das Mittel, um den Besitz seiner Sache wieder zu erlangen, eine vindicatio dominii, wenn man so sagen darf, oder eine vindicatio rei — je nachdem der Beklagte das Eigenthumsrecht selbst für sich in Anspruch nimmt oder nur die Sache für sich haben will. Demnach muß die Publiciana dieselben Fnnctionen verrichten können.

Sie ist das Mittel, das ihr zu Grunde liegende Recht zur Anerkennung zu bringen, oder den dem Rechte entsprechenden thatsächlichen Zustand wieder herzustellen.

Da die R. V. heutzutage als Feststellungsklage angestellt werden kann, so muß auch dies bei der Publiciana möglich sein. Die R. V. dient dazu, den entzogenen Besitz wieder zu erlangen, aber auch den Besitz überhaupt erst zu erlangen, die Publiciana actio erfüllt dieselben Zwecke, wenn schon das letztere von Vielen entschieden bestritten wird.

---

§. 5.

Das Edict. Der ursprüngliche Umfang der Publiciana in rem actio. Ihre Erweiterung durch die Juristen.

Der Prätor gab zunächst seine Klage nur demjenigen, der eine Sache von einem Nichteigenthümer redlich gekauft und tradirt erhalten.

Ait prätor: ei qui bona fide (non a domino?) emit, si rem traditam sibi et nondum usucaptam petet judicium dabo. So rekonstruirt Lenel, wie schon hervorgehoben ist, das von den Compilatoren corrumpirte Edict, wobei er zweifelhaft läßt, ob die Worte „non a domino“ im Edict gestanden haben.

Nach dieser Construction würde demnach der Prätor Schutz nur dem gewährt haben, welchem eine Sache ex justa causa emtionis tradirt worden war. Nach dem in l 1 pr. D. h. 1 enthaltenen corrumpirten Edict erstreckte sich indessen dieser Schutz schon auf jede traditio ex justa causa. Schenkt man den l. 7 §. 11—19 h. t. einige Aufmerksamkeit, in welchem die Worte „qui bona fide emit“ eingehend von Ulpian commentirt werden, so drängt sich einem nothwendiger Weise die Annahme auf, daß diese Worte in

der That einen Theil des Edicts und nicht, wie Huschke und Rudorff annehmen, — Theil der vom Prätor gegebenen Formel gewesen sind: [1]) [2]). Demnach haben die Compilatoren dem Edict erst die weitere Fassung der l. 1 pr. gegeben.

Wenn Lenel die Worte „non a domino“ [3]) für zweifelhaft hält, so kann ich mich dieser Ansicht nicht anschließen. Ich halte vielmehr diese Worte für zweifellos und glaube eher, daß in dem Edict für den bonitarischen Eigenthümer die Worte a domino gefehlt haben. Ich hebe hier noch ein Mal hervor, daß jenes Edict einen ganz anderen Zweck verfolgte, als das hier augenblicklich zu Behandelnde. Jenes Edict war die natürliche und folgenrichtige Antwort auf die von Tag zu Tag häufiger auftretende Frage: warum erhält man durch Tradition einer res mancipi kein Eigenthum und demnach keinen Schutz, da doch die Tradition einer res nec mancipi Alles dies gewährt? (Daß zu jener Zeit, als dem Erwerber einer res mancipi die Publiciana actio gegeben wurde, die Tradition einer res nec mancipi Eigenthum gewährte, bedarf nicht besonderer Hervorhebung —). Zweck der Publiciana actio für den bonitanischen Eigenthümer

---

[1]) Noch eine andere Ansicht hat Schirmer m. (krit. viert. B. 18) aufgestellt. Er findet in den Worten ein Stück des Ueberganges vom monitorischen Edict zur Formel.

[2]) Ueber die Unmöglichkeit der Annahme, daß das in l pr enthaltene Edict als clausula generalis dem von Lenel reconstruirten Edict angeschlossen habe: darüber Lenel pag. 23—26.

[3]) Bekanntlich sucht man diese Worte auch zu petet zu ziehen, ein Wagniß, welches in Anbetracht der exceptio dominii nur unter Verkennung der Formelconception unternommen werden kann. Hätte der Prätor so von vornherein nur die actio denen geben wollen, welche a non domino petere wollten, so hätte die exc. dominii keinen Sinn. Freilich ist auch meines Erachtens die Auffassung Huschke's, daß der Prätor nur: causa cognita die exceptio dominii gegeben habe, eine unrichtige, darüber unten §. 9.

war, diesem Eigenthum zu verschaffen, dem Tradenten Eigenthum zu nehmen. Diese Publiciana war der Ersatz der Rei vindicatio. Man hatte immer den Eigenthumsübertragungsact im Auge! Ein Hinblick auf das Recht des Tradenten trat dabei nicht in den Vordergrund.

Andere Gesichtspunkte machten sich geltend bei der Aufstellung der dem redlichen Erwerber gegebenen Klage. Hier handelt es sich um den Schutz dessen, der noch Schutz um deswillen noch nicht genoß, weil er als Erwerber von einem non dominus nicht Eigenthümer geworden war. Der Eigenthumserwerbsact trat hier zurück.

Wenn der Prätor nun das Edict aufstellte, so mußte er im Gegensatz zu dem andern Edict auch kennzeichnen, welche Fälle er im Auge hatte und das geschah durch die Einrückung der Worte „non a domino“ in das Edict. (Aehnlich so jetzt Handelsgesetzbuch §. 306). Eines Commentars dieser Worte bedurfte es nicht, da man ja wußte, für welche Fälle das Edict gegeben war.

Nach dem Edict gab der Prätor die Klage nur dem, der die Erwerbsthatsache der Tradition nachweisen konnte. Es erscheint auf den ersten Blick auffällig, warum der Prätor diese Erwerbsthatsache in sein Edict aufnahm, da ein Erwerb a non dominio doch auch möglich war bei den älteren Eigenthums-Erwerbsthatsachen der mancipatio und in jure cessio. Warum gab der Prätor dem keine Klage, der durch in jure cessio oder mancipatio eine Sache a non domino erwarb? Der Grund ist zu suchen in dem großen Anwendungsgebiet, welches sich die Tradition allmählich gegenüber der mancipatio und in jure cessio eroberte. Wenn dem Gedanken, welcher den Prätor leitete, bei Aufstellung der sog. Publiciana für den bonitarischen Eigenthümer: der Tradition die Anerkennung eines Eigenthumserwerbsactes auch bei res mancipi zu verschaffen, die Häufigkeit der traditio bei res mancipi zu Grunde lag, so war auch hier das

große Anwendungsgebiet der traditio für den Prätor der leitende Gesichtspunkt, die Tradition in das Edict aufzunehmen. In jener Zeit, als der Handel nach den punischen Kriegen lebhaften Aufschwung nahm und alle Waaren schnell auf einander durch viele Hände vermöge der leichten Form der traditio gingen, da konnte es naturgemäß viel leichter vorkommen, daß Jemand eine Sache a non domino tradirt erhielt, als bei dem feierlichen und umständlichen Act der Mancipation und in jure cessio, vor deren Vornahme die Parteien sich jedenfalls überzeugt haben konnten und mußten, ob auch der Veräußerer wirklich Eigenthum gehabt habe.

Hat nun aber der Prätor seinen Schutz nur auf diese Erwerbsthatsache beschränken wollen? Die Antwort kann nur eine Vermuthung enthalten. Ich kann mich nicht zu der Annahme verstehen, daß der Prätor denjenigen hat schutzlos lassen wollen, der durch den Act der mancipatio oder in jure cessio a non domino erworben hatte, selbst nicht angesichts der schweren Haftungspflicht, welche das Civilrecht demjenigen aufgebürdet hatte, der eine ihm nicht gehörige Sache manicipirte oder in jure cedirte. Ich glaube daher, daß der Prätor exemplificativ die Tradition im Edict hervorgehoben hat; nun, jedenfalls ist durch die Juristen das Edict erweiternd interpretirt worden und der Erwerb auf Grund aller nur möglichen Eigenthumserwerbsarten giebt jetzt die Publiciana. „Quaecunque sunt justae causae acquirendarum rerum si ex his causis nacti res amiserimus, dabitur nobis earum rerum persequendarum gratia haec actio“ (l 13. pr. h. t.)

Die Zulässigkeit der weiteren Ausdehnung des Edicts auf andere Eigenthumserwerbsthatsachen will auch Ulpian in l. 1 §. 2 andeuten, wenn er sagt:

Si cur traditionis duntaxat et usucapionis fecit mentionem? quum satis multae sint juris partes, quibus dominium quis nanciscatur utputa legatum.

Eine mannigfache, verschiedenartige Uebersetzung hat diese Stelle, die sich doch so leicht erklärt, erfahren müssen. Neuerdings übersetzt Lenel, pag. 36, so: „Warum spricht der Prätor nur vom traditum et nondum usucaptum, da es doch außer der Mancapion noch gar viele Wege giebt, auf denen Jemandem an einer ihm tradirten Sache nachträglich das dominium und auf diese Weise actio civilis erwerben könnte?

Warum fügte der Prätor zu dem nondum usucaptum nicht hinzu neque mancipatum neque in jure cessum neque per vindicationem legatum u. s. w.?“ Lenel meinte damit, daß die Worte Ulpian's lediglich ein Commentar sein sollten zu dem Edict für den bonitarischen Eigenthümer. Ulpian habe sich gefragt, wie man noch auf andere Weise nachträglich Eigenthümer an einer tradirten Sache werden könne, als durch Usucapion, auf welche Weise die Publiciana noch anderweitig überflüssig werden könnte, als durch Usucapion; diese Frage könne man freilich auch bei Betrachtung des andern Edicts stellen, aber nur gezwungen. Denn dort komme es in erster Linie nur ganz und gar darauf an, „von wem“ die Heilung der mangelhaften Eigenthumsübertragung ausgehe. Ulpian aber habe hier den Hinzutritt anderer „Erwerbstitel“ hervor.

Urgirt man die Worte „et usucapionis“ so wie Lenel, so mag man wohl zu solcher Interpretation gelangen können. Aber hat denn traditionis gar keine Bedeutung? und weist nicht die Stellung des Wortes dumtaxat gerade darauf hin, daß Ulpian das Wort „traditionis“ betont wissen will? Ich meine bei Commentirung des Edicts könnte und müßte ebenso Ulpian sich die Frage aufdrängen, wie ich sie eben gestellt habe: „wollte der Prätor seinen Schutz nur dem gewähren, dem tradirt war!“ Ich nehme an, daß Ulpian hinter utputa legatum ganz entschieden noch mancipatio, in jure cessio erwähnt hat, welche Worte die Compilatoren

gestrichen haben. Uebrigens, wenn auch Lenel Recht haben mag, die Compilatoren haben jedenfalls die Worte nicht so verstanden, wie Lenel sie versteht; sonst würden sie dieselben nicht hierher gestellt haben. [1]) Ich übersetze daher, warum thut der Prätor nur der Tradition Erwähnung, kann man doch auf Grund anderer Erwerbsthatsachen der Meinung sein, Eigenthum erworben zu haben. So übersetzt auch die communis opinio. Andere Auffassung vgl. bei Schirmer (Krit. Vierteljahrsschrift a 18) pr. 351 und 352.

Aber stehen nach der diesseitigen Auffassung der Ulpianschen die darin befindlichen Worte „et usucapionis“ denn nicht ganz rath- und zwecklos da? Es könnte so scheinen, wenn man nicht, wie Ulpian es thut, für nöthig halten würde, durch irgend welche Worte darauf hinzuweisen, daß man nicht wirklich, wenn die Klage Anwendung finden sollte, Eigenthum durch die Tradition erworben haben müßte. Diesen Zweck erfüllen die Worte „et usucapionis“ voll und ganz.

Bei dieser Gelegenheit will ich hier gleich die Bemerkung anschließen, daß nach meiner Auffassung die Worte „nondum usucaptum“ lediglich eine negative Bedeutung haben. Eine Reihe von Schriftstellern sehen immer in diesen Worten etwas positives zugleich, indem sie annehmen, entweder der Prätor habe nur dem Usucapienten seine Klage geben wollen, oder daß Besitz nothwendig sei. [2]) Wir wollen annehmen, daß diese Ansicht richtig sei, aber warum, so könnte man mit Recht fragen, haben die Compilatoren, als sie dabei waren, das Edict zurecht zu schneiden, es nicht in folgender

---

[1]) Dies wird wichtig für die Frage, ob Besitzerwerb für die Publiciana nothwendig ist. Die Compilatoren waren jedenfalls für die Verneinung der Frage. Diesen Worten legten sie, wenn Ulpian auch nicht so gemeint hatte, diesen Sinn bei.

[2]) Schirmer, bes. am angeführten Ort. Schulin u. a. m.

Kürze in das corpus juris aufgenommen? — „Ei qui rem nondum usucaptam petet, judicium dabo“ —?

Wären nach diesen Worten nicht alle Erfordernisse der Publiciana actio ausgedrückt gewesen? Die Thatsache, daß die Compilatoren die Erfordernisse der Publiciana, Tradition und bona fides in dem corrumpirten Edict beibehalten, beweist, daß sie wenigstens den Worten nondum usucaptum lediglich die negative Bedeutung beimaßen, daß die Publiciana nur dann nöthig wäre, wenn man noch nicht usucapiert hätte.

---

§. 6.

Wie wird das Publicianische Recht erworben!

Die Frage fällt zusammen mit der Frage, unter welchen Voraussetzungen die Klage vom Prätor gegeben ist, — abgesehen selbstverständlich von denjenigen Voraussetzungen, welche die passiven Voraussetzungen in der Person des Beklagten (Verletzung des Rechts) bilden. —

Die Voraussetzungen sind im Edict aufgestellt. Sie sind justa causa und bona fides.

I. Man versteht unter justa causa eine justa causa acquirendarum rerum (l. 13 pr. h. t.), also eine Eigenthumserwerbsthatsache, einen Vorgang, der geeignet ist, im concreten Fall, sei es nach civilem oder prätorischem Rechte, Jemand Eigenthum an einer Sache zu verschaffen. Dieses Erforderniß ist im Edikt durch das Wort „traditam“ ausgedrückt. Die im Edict enthaltenen Worte „ex justa causa“ drücken dieses Erforderniß nicht aus. Es ist darunter zu verstehen die justa causa traditionis.[1]) Eine

---

[1]) Es liegt auch zu gleicher Zeit darin das Erforderniß der bona fides! Siehe sub II dieses §.

solche kann nach der herrschenden Ansicht als Erforderniß nicht angesehen werden.

cfr. Windscheid §. 171 n. 2.

Justae causae traditionis werden in unserem Titel in l, 3 §. 1—7, §. 6 aufgezählt.

— ex causa emtionis, dotis aestimatae u. non aestimatae, judicati solutionis, noxae deditionis, adjudicationis, [1]) litis aestimatae, ex lucrativa causa.

Andere finden wir an andern Orten aufgezählt. Ich verweise auf die ausführliche Aufzählung bei Huschke S. 48 ff. Ebenda auch verweise ich rücksichtlich der Fragen, wann eine Tradition als bewirkt anzusehen sei, wie Tradition an einen Sklaven wirke u. s. w., u. s. w., Fragen, die für die Klage nichts Eigenthümliches bieten, die sich vielmehr aus der Lehre der Tradition beantworten und daher außerhalb dieser Arbeit fallen. Ueber die l. 9, §. 6, l. 10 D. h t., nach welchen Stellen es gleichgültig ist, ob der Erbschaftssklave peculiari nomine gekauft oder nicht, vgl. Huschke, Note 85—46. Andere von Huschke an jenem Orte berührte Stellen werden später, soweit sie in das Bereich dieser Arbeit hinein gehören, beachtet werden.

Eigenthumserwerbsthatsachen werden in dem Titel hervorgehoben in l. 1 §. 2 ht. (legatum) l. 2 (mortis causa donatio) l. 11 §. 7 (alluvio) l. 11 §. 6, §. 8. Erwerb von Bestandtheilen: Trennung und Separation l 11 §. 10 und 11 (Accessionen). Andere sind denkbar, wie occupatio implantatio, adjudicatio ꝛc. ꝛc.

Ob auch res judicata als justa causa acquirendae rei in Betracht kommen kann, diese Frage dürfte gegen Viele mit Windscheid zu verneinen sein. Windscheid bemerkt §. 179 n. 7, das rechtskräftige Urtheil diene nur als Rechtfertigung

---

[2]) In dem Zusammenhang (l. 7, §. 1), in welchem adjudicatio steht, kann sie nicht als Eigenthumserwerbsthatsache aufgefaßt werden, sondern nur als justa causa traditionis.

des guten Glaubens an den Eigenthümer durch denjenigen Titel, auf Grund dessen das Urtheil das Eigenthum zugesprochen hat. Aber res judicata jus facit inter partes und so kann das Urtheil die Publiciana zwischen den Parteien begründen; hierher dürfte zu ziehen sein die viel ventilirte l. §. 7 D. h. t. Die Stelle sagt: schwört der Kläger rem suam esse, so stehe die Publiciana ihm gegen den Beklagten zu. Schwört dagegen der Beklagte, rem petitoris non esse, so hat derselbe gegen den Kläger exceptio aber keine Klage. Wir haben es hier mit der Eidesdelation in jure zu thun, welche zwecks Abwendung des Processes an Stelle der Litisconstestation tritt und welcher daher die Function des Urtheils zugewiesen ist. Schwerverständlich ist die Fassung der Eidesformel in dieser Stelle. Man muß wohl mit Huschke hier annehmen, daß die Parteien über Dasein oder Nichtdasein von bonitarischem Eigenthum schwören, denn würde es sich um quiritarisches Eigenthum handeln, so würde der Kläger die weit vortheilhaftere actio in factum de jure jurandom erhalten haben. Sachlich bietet die Stelle keine Schwierigkeiten. Vgl. u. l. §. 7 h. t. Huschke S. 53 ff.

Wie steht es, wenn eine Erwerbsthatsache in Wirklichkeit nicht vorhanden ist, sondern nur in der Einbildung des Erwerbers besteht? Da der Prätor als objectives Erforderniß die justa causa aufstellt, so müßte man in diesem Falle die Publiciana versagen.

So auch Paulus in l. 2, §. 16 D. pro emtore 41,4, welchem Ulpian und Marcellus in l. 7 §. 2 h. t. mit den Worten: „eum, qui a furioso ignorans eum furere emit posse usucapere; ergo et Publicianam habebit“ direct widersprechen. Der Vereinigungsversuch Vangerows, nach welchem Paulus die actio Publiciana an sich nicht in Abrede nimmt, vielmehr sie nur nicht gegen den Autor zulassen will, (§. 335, II. 1, c.) scheint mir zu gekünstelt. Wir

haben es in jenem Satze mit einem Falle zu thun, wo ein Theil der Juristen die in der Fiction liegende Beziehung zur Usucapion stärker und fester erfaßten, als der Prätor beabsichtigt hatte und danach hin Sätze aufstellten, die aus dem Publicianischen Rechte nicht abzuleiten waren.

Nichtsdestoweniger dürfte die Entscheidung Ulpians und Marcellus als geltendes Recht aufzufassen sein, da die Aufnahme desselben in unserem Titel die Vermuthung einer Nachlässigkeit der Compilatoren nicht aufkommen läßt.

Ob die Eigenthumserwerbsthatsache in dem Civilrecht begründet ist, oder im prätorischen Rechte, ist gleichgültig. Es wird daher sowohl derjenige geschützt mit unserer Pnbliciana, welcher zum 2. Male immitirt ist wegen nichtgeleisteter cautio damni infecti, wie auch derjenige, welcher eine res mancipi von einem Nichteigenthümer mancipirt erhalten hat.

Weiter war es nach älterem Rechte gleichgültig, ob der Prätor die Thatsache, welche im civilem Recht keine Eigenthumserwerbsthatsache war, direct wie im ersten vorerwähnten Beispiele zu einer solchen machte oder nur auf einem Umwege. Dennoch bekommt auch der die actio Publiciana, welcher eine res mancipi von einem Nichteigenthümer tradirt erhalten hat. [1])

Einige Schwierigkeit der Erklärung bietet l. 8 h. t. De pretio vero soluto nihil exprimitur, unde potest conjectura capi, quasi nec setentia praetoris ea sit, re-requiratur an solutum sit pretium.

Man müßte folgerichtig schließen: da der Eigenthumsübergang bei der Tradition durch einen Eigenthümer davon abhängig gemacht ist, daß der Kaufpreis gezahlt oder ge-

---

[1]) Derjenige, der eine res mancipii von einem Eigenthümer tradirt erhalten, kann unsere Publiciana actio auch anstellen, aber nur aus dem Gesichtspunkt, aus dem der Eigenthümer sie anstellen kann, vgl. unten §. 11.

stundet ist, so müßte auch der Erwerb des publicianischen Rechts von dieser Suspensivbedingung abhängig gemacht werden, wenn Jemand von einem non dominus erwirbt; dazu kommt noch eins, wenn Jemand von einem Nichteigenthümer eine Sache erwirbt, ohne den Kaufpreis bezahlt zu haben, so kann er nicht den guten Glauben haben, Eigenthum erworben zu haben und wenn er es glauben würde, so würde er sich in einem Rechtsirrthum befinden. Aber man erwäge andererseits: Wenn die natürliche Billigkeit (so Windscheid §. 172, Note 19) es erforderte, daß der Eigenthümer in Folge der Tradition sein Eigenthum nicht anders verlieren sollte, als wenn ihm der Kaufpreis bezahlt sei, oder er denselben gestundet habe, so trifft hier diese natürliche Verbindlichkeit nicht zu. Denn, wenn ein non dominus tradirt, so verliert er ja in keinem Falle, mag er nun den Kaufpreis erhalten haben oder nicht, Eigenthum. Dies mag neben der in der Stelle gegebenen Begründung der Gedankengang gewesen sein, bei dem Gajus zur Aufstellung des Satzes gekommen ist. In vorliegender Anwendung des Satzes bezüglich des Eigenthumsüberganges würde ich übrigens dazu kommen, den Uebergang des publicianischen Rechts auf den Erwerber von der Bedingung der Zahlung oder Stundung abhängig zu machen, sofern Trident (non dominus) und Empfänger sich bei der Tradition darüber im Klaren sein sollten, daß jedenfalls das Recht, welches Trident hatte, also das publicianische Recht übergehen sollte u. s. w. Völlig ungenügend halte ich die Erklärung Huschke's.

II. Das zweite Erforderniß zum Erwerb des publicianischen Rechts ist bona fides. Dieses Erforderniß fand in dem von Lenel reconstruirten Edicte durch die Worte qui bonafide emit Ausdruck. In dem durch die Compilatoren corrumpirten Edict finden wir es wieder in den Worten justa causa. Andere Schriftsteller wollen es auch an dem Worte usucaptum sehen. Man versteht unter bona fides

in der Regel die Ueberzeugung Eigenthümer geworden zu sein. Streitig ist besonders, was das Erforderniß der bona fides bei der Usucapion anlangt, in welchem Verhältniß die bona fides zum justus titulus steht, ob der Titel den guten Glauben rechtfertige, oder ob die bona fides eine selbstständige Stellung einnehme.

An uns, die wir den Zusammenhang der actio Publiciana mit der Usucapion leugnen, tritt die Anforderung heran, besonders zu prüfen, welches von beiden Requisiten der Publiciana vorwiegt, und wie das Verhältniß derselben sich besonders gestaltet. Die Publiciana bildet den Schutz eines Rechtes. Rechte werden erworben auf Grund von juristischen Thatsachen, welchen die Rechtsordnung diese Kraft beilegt. Legt nun die Rechtsordnung der subjectiven Meinung diese Kraft bei? oder der Erwerbsthatsache: also der Willenserklärung bezw. der richterlichen Erklärung bezw. dem Gesetz? Die Bejahung der letzten Frage liegt auf der Hand.

Aber man merke, daß die Rechtsordnung einer solchen Willenserklärung nicht ohne weiteres in unserm Fall eine solche Kraft beilegt. Sie verlangt eine gewisse Beschaffenheit des Willens; darnach ist die bona fides dasjenige Mittel, welches der Willenserklärung, an welche die Rechtsordnung die Entstehung des Rechts anknüpft, die erforderliche innerliche Qualität verleiht.

Die bona fides braucht nur vorhanden zu sein mit dem Augenblicke, wo sich an dem betreffenden Eigenthumserwerbsact die Entstehung des Rechts vollzieht. Bei der Tradition im Augenblicke der Besitzerlangung. Klagt der Erbe, so kommt es auf seine fides nicht an, es wird vielmehr auf die bona fides des Erblassers gesehen, l. 7. §. 12, 15, D. h. t. Der Erbe macht ja die Rechtstellung des Erblassers geltend. Ebenso soll nach Ulpian l. 7. §. 13, D. h. t. auch die fides des Sklaven und demnach einer anderen stellvertretenden Person entscheiden, während rücksichtlich der Usucapion (vgl. Wind-

scheid, §. 177, Note 6 u. 7) ganz andere Bestimmungen gelten. Es ist der Ansicht Ulpian's völlig beizustimmen.

Durch die Besitzergreifung seitens des Vertreters wird für den Vertretenen unmittelbar das Publicianische Recht erworben. Ignoranti possessio acquiritur und damit das Recht. Wenn es nun in solchem Falle gleichsam so angesehen wird, als hätte der Vertretene die Willenserklärung abgegeben, so muß doch andererseits, sobald es sich um das Dasein, die Eigenschaften und Wirkung der Willenserklärung handelt, und soweit dabei Regeln in Anwendung kommen, die einen gewissen Zustand des Innern des Urhebers des Rechtsgeschäfts zur Voraussetzung haben, auf die Person des Vertreters gesehen werden, da thatsächlich diese ja die Willenserklärung abgegeben hat. (Windscheid, §. 73 n. 17 u. 18). Dadurch ist natürlich nicht ausgeschlossen, daß im concreten Fall auch auf die Person des Vertretenen gesehen wird, z. B. wenn er den Auftrag zur Empfangnahme einer gekauften Sache gegeben hat, in Kenntniß davon, daß dem Verkäufer Eigenthum an der verkauften Sache nicht zustehe. (Windscheid eodem n. 19).

Anders liegt die Sache bei der Usucapion. Da handelt es sich um ein erst zu erwerbendes Recht. Der Erwerb des Eigenthums durch Usucapion kann hier der Regel nach nur durch die Person des Vertretenen geschehen. Darum die Bestimmung, daß die Usucapion erst dann beginnt, wenn der Vertretene von der für ihn geschehenen Besitzergreifung erfährt.

Unvorsichtig dürfte es daher nicht sein, wie Huschke meint, wenn Ulpian jenen Gedanken in l. 7 §. 13 aussprach.

Bei der traditio ex justa causa emtionis wird nach dem Edict bona fides zur Zeit des Kaufsabschlusses verlangt. Die Römischen Juristen verlangten die bona fides auch zur Zeit der Tradition. Das Erforderniß der bona fides an dem erstgenannten Zeitpunkt erklärt sich aus der

rechtlichen Natur des Kaufs im alten Recht. (Es wird darauf später eingehender Rücksicht genommen cfr. §. 10).

Ueber die scheinbar widersprechende l. 10 pr. D. de usup. 41. 3. ist Huschke pag. 63 ff. zu vergleichen.

Bei andern Erwerbsarten des vollen Eigenthums, welche nicht Tradition oder sonstigen Besitzerwerb verlangen, müßte der Erwerb des Publicianischen Rechts sich vollziehen in dem Augenblick, in welchem sonst das Recht die Entstehung des Eigenthumsrechts an die betreffende juristische Thatsache anknüpft. Allein da zum Erwerb des Publicianischen Rechts ein besonders geeigenschafter Wille erforderlich ist, so kann das Recht erst dann erworben werden, sobald der Erwerber von dem Eintritt jener juristischen Thatsache erfährt: Also bei der adjudicatio mit dem dem Erwerber eröffneten rechtskräftigen Urtheil; beim Legat nicht im Augenblick des Todes des Erblassers, sondern wo der Erwerber von dem Anfall erfährt.

Bei andern Erwerbsarten, welche deshalb Eigenthum geben, weil man an einer andern Sache Eigenthum hatte, wie z. B. bei der alluvio, Fruchterwerb, kann es andererseits nicht darauf ankommen, ob der Erwerber des Publicianischen Rechts von der sich vollziehenden juristischen Thatsache erfahren hat oder nicht. Denn wie dort sich der Eigenthumserwerb vollzieht auf Grund des beim Erwerbe an der Hauptsache vorhandenen Eigenthums, so vollzieht sich hier der Erwerb auf Grund des Publicianischen Rechts, welches der Erwerber an der Hauptsache hatte.

Es müßte daher auch ganz gleichgültig sein für den Erwerb durch Accession, wenn der Erwerber vor dem Eintritt der juristischen Thatsache, an welche sich der neue Erwerb anknüpfte, erfahren, daß er nicht Eigenthümer der Hauptsache geworden sei. Die mala fides expercinicus bewirkt nicht, wie wir gleich sehen werden, den Verlust des einmal erworbenen Rechts — und auf Grund des Rechts

an der Hauptsache vollzieht sich ja der Erwerb des Publicianischen Rechts an der Accession. So spricht sich auch Papinian l. 44, §. 2, D. de usurp. (41, 3) deutlich aus, ebenso Julian l. 33, pr. D. eodem, und Ulpian l. 11, §. 4, D. h. t. Besonders zu beachten ist der Ausspruch Julians l. 25, §. 2, D. de usurp. (22, 1).

Selbstverständlich ändert sich die Sachlage wesentlich, wenn der Erwerber erfährt von der Furtivität der Hauptsache. Alsdann handelt es sich um die Frage, ob auch die Accessionen furtiv sind, und ob demnach dies objective Hinderniß dem Erwerb des Publicianischen Rechts an der Accession entgegensteht. Darüber geben obige Stellen zum Theil auch Aufschluß.

Jener consequenten Ansicht der dort angezogenen Juristen, treten nun die folgenden stricte entgegen.

Paulus l. 4, §. 18, D. de usurp. (41, 3) u. l. 44, §. 2, D. de usurp. (41, 3), Pomponius in l. 4, D. pro suo (41, 10) und selbst Ulpian in der berühmten l. 11, §. 3, D. h. t., nach welcher sogar Nichtwissen vor der Furtivität der ancilla nothwendig sein soll zur Zeit der Erhebung der Klage, mit welchen man den abhanden gekommenen partus verfolgt. Durch die Emendation, statt quo experiar quo et pariat zu lesen, wird nichts gewonnen. Eine Singularität hier anzunehmen, wie Vangerow will, erscheint auch nicht befriedigend. Befriedigung allein gewährt nur die Erklärung Huschke's, pag. 20: darnach erklärt sich die Stelle daraus, daß vor Justinian die Usucapion aus einem lucrativen Titel durch nachfolgende mala fides aufgehoben wurde. Die Aufnahme der Stelle sei auf ein Versehen der Compilatoren zurückzuführen. Vgl. im Uebrigen über diese Materie Huschke, pag. 67—72. Spätere mala fides schadet nicht, l. 7, §. 12. Vgl. Vangerow, §. 335, D. l. d. Dernburg §. 228 n. 8.

Wenn durch das römische Recht für die Usucapion das

Gegentheil eingeführt werde, so darf diese Bestimmung nicht, wie Windscheid will, auf die Lehre von der actio Publiciana ausgedehnt werden. Dort handelt es sich darum, ein Recht erst zu erwerben und einem Andern ein solches zu nehmen. Hier handelt es sich um ein erworbenes Recht.

III. Ist als eine dritte Voraussetzung zum Erwerbe des Publicianischen Rechts Besitzerwerb erforderlich? In der ganzen Lehre von der actio Publiciana ist nichts streitiger, als gerade diese Frage. Die diesseitige Ansicht fällt mit der Verneinung der Frage zusammen. Der Besitzerwerb kann nur insoweit als erforderlich betrachtet werden, als er Bestandtheil der betreffenden Eigenthumserwerbsart ist.

Die Anhänger dieser Ansicht stützen sich auf die folgenden Gesetzesstellen:

1) l. 11, §. 2, D. h. t. 2) l. 11, §. 6, D. h. t. 3) l. 11, §. 7, D. h. t. 4) l. 11, §. 8, D. h. t. 5) l. 12, §. 1, D. h. t. 6) l. 12, §. 5, D. h. t. 7) l. 15, D. h. t. 8) l. 1, §. 1 und l. 2, D. h.

Als Hauptstütze für unsere Ansicht muß l. 7, §. 8, D. h. t. gelten. In Publiciana actione omnia eodem erunt, quae et in rei vindicatione diximus. Daß dieser Satz eine allgemeinere Bedeutung hat, als Vangerow annimmt, darf als herrschende Ansicht bezeichnet werden. Im Hinblick hierauf sollen zunächst einige Beispiele gebildet, das gewonnene Resultat alsdann mit einschläglichen Stellen einer Vergleichung unterzogen werden.

1) Mit der Rei Vindicatio kann ich das Stück Erdreich, welches meinem in fremden Besitze befindlichen Grundstück angewachsen ist, vindiciren. Ich muß demnach mit der actio Publiciana mit dem Grundstücke, daß ich in gutem Glauben besaß und später verloren habe, auch das Stück Erdreich vindiciren können, welches dem Hauptgrundstück in der Zeit, daß ein Anderer es besaß, angewachsen ist. Ist

dieſer Satz richtig, ſo liegt darin ein Beweis, daß Beſitzerwerb nicht abſolut nöthig iſt.

Man vergleiche nun l. 11, §. 7, h. t., Ulpian ſagt dort zunächſt: Quod tamen per alluvionem fundo accessit simile fit ei cui accedit. Warum erwerbe ich an dem angewachſenen Stück daſſelbe Recht, welches mir am Hauptſtück zuſtand? Ich erwerbe daran Eigenthum, wenn ich Eigenthum am Hauptgrundſtück hatte, ich erwerbe daran Publicianiſches Recht, wenn ich am Hauptgrundſtücke ſolches hatte. Der Grund iſt in beiden Fällen das am Hauptgrundſtücke beſtehende Recht. Die Anhänger der abſeitigen Anſicht geſtehen das rückſichtlich des Eigenthumserwerbes zu. Rückſichtlich der Erwerbung des Publicianiſchen Rechts verfahren ſie anders. Hier ſoll ich das Publicianiſche Recht nur erwerben, weil ich auch den Beſitz des anwachſenden Stücks erworben habe.

Wenn nun Ulpian weiter fortfährt: si ipse fundus Publiciana peti non potest, nec hoc petetur; si autem potest et pars, quae per alluvionem accessit, ſo will er damit ſagen, daß ich auch mit der Publiciana den Theil verfolgen kann, der, während der Zeit, wo der fundus in fremdem Beſitz war, ihm angewachſen iſt. Sollte man Ulpian zutrauen können, daß er als etwas beſonderes hervorhebe, man könne auch den Theil mit der Publiciana verfolgen, der anwuchs, bevor der fundus verloren ging?[1])

2) Mit der Rei Vindicatio kann ich die einzelnen tigna vindiciren, welche im Augenblicke der Zerſtörung meines Hauſes mir abhanden gekommen ſind. Auf gleiche Weiſe muß ich auch durchdringen in demſelben Falle, wenn ich nur Publicianiſches Recht hatte. Dies wird beſtätigt durch l. 11, §. 6, h. t. Von gegneriſcher Seite wird hier erwidert: der Beſitzer hätte die einzelnen tigna als Theile des Hauſes be-

---

[1]) Huſchke hält dieſe Stelle für corrumpirt.

sessen. Aber diese Behandlung widerstreitet dem Satze, daß an integrirenden Theilen ein selbstständiger Besitz nicht denkbar ist, ebensowenig wie ein besonderes Eigenthum.

3) Der Eigenthümer erwirbt an den Früchten Eigenthum durch Separation. Die Analogie erfordert es, daß auch der Publicianische Eigenthümer durch Separation an den Früchten der Hauptsache publicianisches Eigenthum [1]) erwirbt. Die Quellen bestätigen dies. Man vgl. l. 25, §. 1, de usuris:

> bonae fidei possessor in percipiendis fructibus id juris habet, quod dominis praediorum tributum est. — cum fractuarii quidem non fiant, antequam ab eo percipiantur, ad bonae fidei possessorem autem pertineant, quoquo modo a solo separati fuerint, sicut ejus, qui vectigalem fundum habet, fructus fiunt simulatque solo separati sunt.
> cfr. l. 13, D. (7, 4) u. l. 4, §. 19, D. 41, 3.

Diese Beispiele mögen genügen zum Nachweis, daß Besitzerwerb nicht nothwendig ist. Die Anhänger der diesseitigen Ansicht berufen sich aber weiter noch auf l. 11, §. 2, h. t.

Der partus ancillae, welcher beim bonae fidei emtor concipirt wurde, soll mit der Publiciana verfolgt werden können, etiamsi ab eo qui emit, possessus non est. Die Beweiskraft dieser Stelle hängt davon ab, ob man den partus conceptus non editus als pars ancillae, wie Göppert das thut, auffaßt oder nicht. Kann der partus als selbstständige Sache erst in Betracht kommen, sobald er edirt ist, dagegen als pars mulieris nicht existirt (cfr. l. 10, §. 2, D. 41, 3), so beweist die Stelle für uns sehr viel.

Im Uebrigen glaube ich, daß nicht nur der partus

---

[1]) Der Streit, ob der bonae fidei possessor an den Früchten der Hauptsache bonae fidei possessio oder Eigenthum erwerbe, interessirt hier nicht.

mit der Publiciana verfolgt werden könne, der concipirt wurde beim bonae fidei emtor. Der Publicianische Eigenthümer wird, so lange sein Recht nicht untergegangen, auch den partus verfolgen können, welcher amissa possessionis matris concipirt und edirt wurde. Freilich ist diese Consequenz in den Quellen nicht gezogen worden. Ueber die Beweiskraft der l. 1, §. 1, h. t. ist aber schon gesprochen worden. Was die l. 7, pr. h. t. anlangt, so darf diese hier nicht herangezogen werden, da der adjudicatio daselbst nur als causa traditionis gedacht ist.

Was lex. 15, h. t. anlangt, so sagt Pomponius, daß der Eigenthümer eines flüchtigen Sklaven die diesem tradirte Sache mit der Publiciana verfolgen könne, obwohl er nicht den Besitz erlangt habe. Die Stelle würde für uns beweisen, wenn es nicht unter den römischen Juristen streitig wäre, ob man nicht an einer dem flüchtigen Sklaven tradirten Sache Besitz erwerbe (l. 25, §. 2, D. 40, 12). Im Uebrigen vgl. man Schirmer a. a. O. S. 356 ff.

L. 12, §. 1, h. t. kann nicht als Beweis dienen. Ueber ihre Erklärung vgl. unten §. 7.

Wenn die Quellen andere denkbare Fälle nicht erwähnen, wo sie die Publiciana, ohne das Erforderniß des Besitzerwerbs zulassen, so kann uns das nicht abhalten, das Princip, welches in den Quellen ausgesprochen ist, auf alle möglichen Fälle anzuwenden.

In Frage kann nur kommen die adjudicatio. Der Fall ist gegeben, wenn der Richter im Theilungsproceß einer der Parteien das Eigenthum an einer Sache zuspricht, welches ein Anderer im Besitz hatte, und an welchem dieser Andere Eigenthum zu haben glaubte und nicht hatte. Die Gegner der diesseitigen Ansicht befinden sich in einer schlimmen Lage, wenn die adjudicirte Sache abhanden kam, noch bevor dieselbe von dem Besitzer demjenigen tradirt war, dem sie zu-

gesprochen war. Die Rei vindicatio kann nicht gegeben sein. Die Publiciana actio wollen sie nicht geben.

Gewöhnlich wird hierher noch der Fall gezogen, wenn Jemandem eine Sache legirt wird. Man hat von gegnerischer Seite mit Vorliebe mit diesem Falle die Absurdität der diesseitigen Ansicht darthun wollen, indem man behauptete: auf solche Weise könne beispielsweise der B., der weder Besitz, noch Titel, noch Redlichkeit habe, aber der Anspruch auf ein Grundstück erhob, welches A. fast 30 Jahre im redlichen Besitz gehabt habe, ohne einen Titel nachweisen zu können, dieses Grundstück seinem Sohne verschaffen, der an die Ansprüche seines Vaters glaube.

Wäre in diesem Falle in Gemäßheit obiger Lehre dem Sohne die Möglichkeit gegeben, mit der publiciana durchzudringen, so wäre allerdings, wie Dernburg S. 525 n. 7 bemerkt, dies nicht mit den Grundprincipien des Rechts vereinbar.

Indessen wird auch der Sohn nach unserer Auffassung nie durchdringen können. Denn wenn der Vater nur einen obligatorischen (persönlichen) Anspruch auf das Grundstück hatte, so konnte er dem Sohn auch nur diesen persönlichen Anspruch vermachen. Der Sohn wird daher nur siegen, wenn er diesen Anspruch seines Vaters dem Gegner gegenüber genügend substanciirt und beweist. Zum Eigenthümer kann der Erblasser den Legatar nur dann machen, wenn er selbst Eigenthum an der legirten Sache hatte. Der Legatar erwirbt Publicianisches Recht an der legirten Sache, wenn der Erblasser wenigstens solches hatte.

§. 7.

Uebertragbarkeit des Publicianischen Rechts?

Huschke lehrt pag. 27 ff. und pag. 95 seiner Abhandlung, daß das Usucapionsrecht oder das werdende Eigenthum des bonae fidei possessor ein höchst persönliches und unübertragbares sei. Alle seine Voraussetzungen habes es nur in der Person des Besitzers selbst. Jeder neue auch derivative Erwerber sei doch wieder nur aus seiner Person — seiner justa causa, seiner bona fides, seinem Besitze — usucapionsberechtigt. Diese Eigenschaft drücke sich auch wieder in der Publiciana aus. Das Recht des Autors komme, im directen materiellen Gegensatz zu der Rei Vindicatio, die ihren Beweis bei allem derivativen Erwerb aus der Person des Autors nehmen müsse, bei der Publiciana gar nicht in Betracht, weshalb dieser in der Klagformel selbst garnicht erwähnt würde.

Die Frage nach der Uebertragbarkeit des Publicianischen Rechts könnte auf sich beruhen bleiben, wenn es sich blos um die Möglichkeit der Anstellung der Klage handeln würde. Allein es lassen sich im Falle der Bejahung der Frage wichtige Consequenzen ziehen.

Was nun zunächst die Huschke'sche Beweisführung anlangt, so ist die dem Vindicanten aufgebürdete Last, seinen Beweis bei derivativen Erwerbern aus Person der Autoren zu nehmen, eine Consequenz des Satzes, daß Jemand nicht anders durch Tradition Eigenthum von dem Tradenten erwerben kann, als wenn dieser Eigenthum hatte.

Aus dem Umstande nun, daß dem mit der Publiciana auftretenden Kläger dieser schwierige Beweis nicht gefällt, indem der Prätor ihm die Klage gewährt schon dann, wenn er die im Edict erwähnten Thatsachen für sich anführen

kann, umgekehrt schließen zu wollen, daß das der Klage zu Grunde liegende Recht stets nur in der Person des Erwerbers der Sache entstehen könne und daher von einer Uebertragung des Rechts nicht die Rede sein könne, will mir als berechtigt nicht erscheinen. Aus dem Wortlaut des Edicts läßt sich vielmehr nur der Satz herleiten, daß der Erwerber einer Sache von einem Andern das Recht erwerben kann, auch wenn der Tradent dieses Recht nicht hatte. Eine Negation der Uebertragbarkeit des Rechts liegt darin nicht. Wäre das Publicianische Recht ein höchst persönliches Recht, wie z. B. die Delation, so wäre eine Veräußerung undenkbar und, wenn sie factisch geschehen, so wäre sie nichtig, und an dem bestehenden Rechtszustande wäre nichts verändert worden. (So z. B., wenn Jemand das Recht des Nießbrauchs an einen Andern übertragen will. Trotz der Uebertragung bleibt das Recht bei ihm. l. 3, J: de usuf.) Daß das Recht auch untergehen kann, darüber weiter unten.

Wenn es nun allerdings wahrscheinlich ist, daß im Verkehrsleben Traditionen meistens nur mit der Absicht vorgenommen werden, um Eigenthum zu übertragen, so läßt doch auch der Fall denken, daß der Tradent bei der Tradition die Absicht hat dem Nehmer zum wenigsten, falls er nicht Eigenthümer sein sollte, die Rechtstellung zu verschaffen, die er zu der tradirten Sache hatte, und daß andererseits der Nehmer grade diesen Willen erfaßt. Wäre das Publicianische Recht ein höchst persönliches Recht, so wäre durch diesen Act nichts geschehen, das Publicianische Recht wäre beim Tradenten geblieben und der Nehmer hätte kein Recht erworben.

Eine nähere Prüfung dessen, was geschehen, zeigt aber, daß der Erfolg ein ganz anderer ist, daß der Nehmer Publicianisches Recht erworben, der Tradent solches verloren. Nach Huschke sind diese Resultate darauf zurückzuführen, daß einmal das Recht in der Person des Nehmers, weil die Voraussetzungen alle vorlagen, selbstständig entstanden ist,

daß zum andern das Recht des Tradenten untergegangen, weil im Falle einer gültigen Veräußerung (!) des werdenden Eigenthums der Prätor die Fiction als Organ der von ihm eingeführten Eigenthums-Klagen für diesen nicht mehr wollen kann.

Darnach erkennt also Huschke die Rechtsgültigkeit einer Veräußerung des werdenden Eigenthums an. Wie er nun die höchst persönliche Eigenschaft des Rechts und die Veräußerlichkeit in einem Athem vereinigen will, ist mir unverständlich geblieben. Allenfalls ließe sich nun wohl so argumentiren: Die Thatsache, daß die Entstehung des Rechts in der Person des Erwerbers selbstständig sich vollzogen habe, habe unmittelbar den Verlust des Rechts beim Tradenten zur Folge gehabt, unabhängig von dem Willen des Tradenten (wie das z. B. der Fall ist bei der Usucapion einer Sache, wo der Erwerb das Recht unvermittelt durch den Willen des Eigenthümers den Verlust des Eigenthums desselben hinterführt). Allein in solchem Falle redet man nicht von Veräußerung. Eine solche liegt nur dann vor, wenn ein Recht mit dem Willen des Berechtigten weggegeben, vermindert oder beschränkt wird, vermittelt durch ein Rechtsgeschäft, welches auf die Veräußerung gerichtet ist.[1]) Mit diesem Begriffe haben wir es hier zu thun, und Huschke wird denselben auch im angegebenen Sinne gebraucht haben.

Huschke beruft sich weiter für seine Behauptung auf l. 20, pr. (41, 1):

Si igitur quis dominium in fundo habuit id tradendo transfert, si non habuit ad eum qui accipit nihil transfert.

Will man hier das nihil urgiren, so müßte man zu dem absurden Resultate gelangen, daß auch der Besitz dadurch

---

[1]) Im eigentlichen Sinne versteht man unter Veräußerung ein Rechtsgeschäft, durch welches Jemand ein ihm zustehendes Recht auf einen Andern überträgt, so Windscheid, §. 69.

nicht übertragen sei. Der richtige Sinn, den Ulpian mit jenen Worten verbindet, ist vielmehr der, daß, wer kein Eigenthum an einer Sache hat, auch solches nicht übetragen kann. An andern Stellen finden wir für diesen Gedanken den Satz: nemo plus juris in alium transferre potest quam ipse habet. Daraus folgt, daß alsdann wenigstens das Recht übergeht, was der Trädent hatte.

Nun meine ich, daß in allen Veräußerungsfällen von Seiten des Veräußerers bei der Besitzübertragung stets die stillschweigende Erklärung abgegeben wird, alles Recht, was er an der Sache habe, übertragen zu wollen, und andererseits glaube ich auch, daß dem Nehmer bei der Tradition stets der Gedanke vorschwebt, nicht nur den juristischen Besitz, sondern damit auch das Recht erwerben zu wollen, was der Trädent hat, wenn auch die ursprüngliche Absicht beider Parteien viel weiter geht. (An passenden Analogien vorstehender Ansicht fehlt es in den Quellen nicht, cfr. l. 22. D. de V. O. 45, 1 [1]) l. 1, §. 2, D. de pig. act. 13, 7.)

Daß ihren Intentionen gemäß der beabsichtigte Erfolg erreicht werden könne und werde, dafür spricht die Vermuthung, so lange nicht positive Bestimmungen das Gegentheil enthalten.

Nach dem Gesagten halte ich eine Rechtsnachfolge in das Publicianische Recht nicht nur nicht für undenkbar, sondern für vollkommen rechtlich möglich.

Bei zahlreichen Schriftstellern findet man daher die Begriffe Singularsuccession, Autor, Rechtsnachfolger unbedenklich angewendet.

Verbindet man indessen mit dem Begriff Singularsuccession [2])

---

1) Si id quod aurum putabam quum aes esset, stipulatus a te fuero, teneberis mihi hujus aeris nomine, quoniam in corpore consenserimus.

2) Die verschiedenen Ansichten über Singularsuccession s. bei Windscheid §. 64, Note 6.

die Voraussetzungen, daß das Recht des Successors seine Existenzbedingungen lediglich dem Rechte des Vorgängers entnehmen **müsse**, dann kann freilich von einer Singularsuccession in das publicianische Recht nicht die Rede sein, denn derjenige, welcher von einem andern das Publicianische Recht erwirbt, wird auch, abgesehen davon, daß jener das Recht hatte, sofern nur die Voraussetzungen in seiner Person vorliegen, Publicianischer Eigenthümer.

Versteht man aber unter Singularsuccession den Vorgang, wo mit dem Willen des Veräußerers einer Sache Jemand dessen Recht an der Sache erwirbt, so steht die Successionsmöglichkeit in das Publicianische Recht außer Frage, und selbst dann, wenn die Rechtsordnung oder vielmehr der Prätor an solchen Erwerb des Rechts noch bestimmte in der Person des Erwerbers liegende Voraussetzungen verlangt.[1] [2]

Gar oft verlangt die Rechtsordnung zur Wirksamkeit eines Rechtsgeschäftes Vorhandensein von subjectiven That-

---

[1]) Wie hier bonae fides. Bei der Uebertragung des Eigenthums kommt es nicht darauf an, ob der Erwerber an das Eigenthum des Tradenten glaubt. Er wird Eigenthümer auch bei mala fides „plus est in re, quam in opinione“. Beim Erwerb des Publicianischen Rechts durch Singularsuccession ist es anders. Hier gilt der Satz: „plus est in opinione quam in re“.

[2]) Wenn Jemand von einem Andern, der eine Sache zu usucapiren begonnen hat, erwirbt, so kann er die Zeit, welche sein Verkäufer ersessen hat, zu seinem Besitz hinzurechnen, sofern die Usucapionserfordernisse bei ihm vorliegen. Man redet hier von accessio temporis und bemerkt dazu, der Erwerber beginne hier die Ersitzung, (cfr. Windscheid, §. 181 n. 10), nennt aber zu gleicher Zeit den Erwerber Sondernachfolger. Succediren kann man aber doch nur in Rechte! Richtig genommen liegt hier eine Succession in das Usucapionsrecht vor, man verhehlt sich dies nur deswegen, weil in der Person des Erwerbers gleichfalls die Usucapionsverhältnisse vorliegen müssen.

sachen. Z. B. ist eine Erbschaftsantretung ungültig, wenn der Lebende sie für unwirksam hält.

cfr. l. 32, pr. D. 29, 2, l. 20, §. 1—3, 5, D. eodem l. 16, eodem.

Aus dem Vorstehenden ergeben sich folgende Sätze: der Verlust des Publicianischen Rechts bei dem bisherigen Berechtigten hat nicht nothwendig die Beendigung dieses Rechtes zur Folge, der Erwerb des Publicianischen Rechtes ist nicht nothwendige Entstehung desselben.

Wer aber mit der zum Schutze dieses Rechts bestimmten Klage klagen will, braucht sich nicht auf das Recht seines Autors zu berufen, muß aber andererseits darthun, daß er redlich ex justa causa von demselben erworben habe.

Wäre die Succession in das Publicianische Recht nicht unter schwierigeren Voraussetzungen, als die Succession in das Eigenthumsrecht nur möglich, so müßte derjenige auch klagberechtigt sein, der von einem gutgläubigen Besitzer eine Sache male fide erworben hat. Diesen Satz haben die römischen Juristen im Falle der Universalsuccession aufgestellt, cfr. l. 7, §. 12, h. t., wo an rechter Stelle unter successor allgemein der Universale verstanden wird. Ihr Schweigen darüber, wie es bei der Singularsuccession sei, rechtfertigt die aufgestellte Ansicht, daß zum Erwerb des Rechts durch die Singularsuccession auch in der Person des Successors weitere persönliche Erfordernisse vorliegen müssen.

Nur unter Zuhülfenahme der Singularsuccession ist es zu verstehen, wenn Jemand als justa causa für sein Recht legatum per vindicationem anführt.

Es ist oben bemerkt worden, daß das legatum einen Titel abgeben kann, wenn der Erblasser Publicianisches Recht an der Sache hatte. In dieses Recht tritt der Legatar durch Singularsuccession. Würde der Erblasser kein Publicianisches Recht an der in seinem Besitze befindlichen Sache gehabt haben, so könnte der Legatar, dem die Sache vermacht ist,

Publicianiſches Recht durch Singularſucceſſion nicht erwerben, ſondern nur originair, dann aber auch nur unter der Vorausſetzung der Tradition. Ebenſo verhält es ſich mit der mortis causa donatio.

Nicht hierher zu rechnen iſt die l. 12, §. 1, h. t. Is cui ex Tabelliano hereditas restituta est, etiamsi non fuerit nactus possessionem uti potest Publiciana.

Durch die Reſtitution der Erbſchaft erwirbt der Univerſalfideikommiſſar von dem Fiduciar bonitariſches Eigenthum an den körperlichen Erbſchaftsſachen. In den Fällen, wo der Erbe die R. V. anſtellen könnte, ſtellt er die Publiciana actio „des bonitariſchen Eigenthümers“ an.[1]) Unſere actio Publiciana iſt aber denkbar, inſofern an einzelnen Sachen der Erblaſſer Publicianiſches Recht hatte. In dieſes Recht iſt der Fideicommiſſar ſuccedirt nach der Reſtitution aber nicht singularites, ſondern per universitatem, da er heredis loco ſteht. Dieſer Fall ſteht alſo dem Falle gleich, wo Jemand als Erbe die Publiciana geltend macht. l. 7, §. 12, h. t. Er würde alſo ebenſowenig, wie der Erbe das Erforderniß der bona fides darthun brauchen.

Mit dem gewonnenen Reſultate laſſen ſich nun folgende Conſequenzen ziehen:

Wenn ein non dominus ſeine Sache unter einer Reſolutiv-Bedingung tradirte, ſo erwirbt er ſein Publicianiſches Recht an der Sache unmittelbar bei Eintreten der Bedingung wieder.[2]) Nach Huſchke iſt das Recht durch die Veräußerung untergegangen. Der Veräußerer erwirbt neues Publicianiſches Recht an der veräußerten Sache wieder. Wo liegt aber denn die justa causa?

---

[1]) Nur hierauf will Huſchke, pag. 11, die Stelle beziehen.

[2]) So ferner beim pactum dislicentiae bei der in diem addictio und der lex commissoria. Man vgl. hier Windſcheid, §. 323 n. 6 am Anfange.

Consequent geht bei einer Suspensiv-Bedingung durch die Tradition einer Sache a non domino das Publicianische Recht nicht über. Aber man betrachte hierbei, daß die Parteien dann auch wirklich Veräußerung des Publicianischen Rechts gewollt haben mußten, und nicht allein darauf bedacht waren, Eigenthum zu geben und zu nehmen. An den letzten Fall dachte Gajus l. 8. h. t. Hier erwirbt der Käufer, obwohl er nicht den Kaufpreis bezahlt hat oder gestundet wurde, das Publicianische Recht (cfr. oben §. 6).

Würde andererseits ein non dominus seine Sache veräußern mit einem pactum de retrovendendo oder emendo, so würde er, falls er von seinem Rechte Gebrauch machen würde, das Publicianische Recht nicht auf Grund seiner früheren justa causa geltend machen können, sondern nur auf Grund der in Folge des Rückkaufs geschehenen Tradition; durch den Verkauf hat er sein Recht veräußert, er erwirbt das Recht von neuem auf Grund des Rückkaufs. Würde der Verkäufer, nachdem der Fall des Rückkaufs eingetreten, von dem Rückkäufer die Sache nicht tradirt erhalten haben, da schon diesem dieselbe verloren gegangen, gegen den Besitzer mit der Publiciana auftreten, so würde ihn dieser, wie wir unten weiter sehen werden, mit Recht mit der Einrede zurückschlagen können, daß er sein Recht veräußert habe. Kläger wird daher nur, wenn ihm die Sache tradirt war, durchdringen können, sofern er nicht etwa mit der cedirten Publiciana des Rückverkäufers auftreten wird.

Unter den eben angegebenen Gesichtspunkten ist, wie auch Huschke meint, die nachfolgende Stelle zu verstehen. quam sponsus sponsae servum donasset eumque in dotem accepisset ante usucapionem rescriptum est a Divo Pio divortio facto restituendum esse servum nam valuisse conationem inter sponsam et sponsum. Dabitur ergo et possidenti extraneus et amissa possessione Publiciana sive extranaes sive donator possidet. (l. 12, pr. D. h. t.)

Die Publiciana ist begründet in Folge der geschehenen Restitution als einer neuen justa causa.

Schulin nimmt hier eine durch den Ehemann vollendete Usucapion an, und erachtet die Publiciana, die er auf Schenkung gründet, als Mittel, die Restitution zu erlangen; gegen die exc. dominii habe die Frau die exc. doli, (aus dem Reskript des Divus Pius.)

Die Stelle ließe sich vielleicht auch bei Annahme, daß mit der Publiciana die Restitution erst erlangt werden solle, daß also die Restitution nach der Scheidung nicht geschehen sei, erfolgreich interpretiren, wenn man die Publiciana als utilis, also als Analogon zu der später eingeführten dinglichen erkannten utilis Rei vindicatio der Frau auffaßte. Ich denke mir die Sachlage demnach so: hätte die Frau ihrem Manne an dem Sklaven Eigenthum verschafft, so würde sie nach Auflösung der Ehe nach l. 20, C. 5, 12 den vorhandenen Sklaven als ihr Eigenthum mit der rei vindicatio erlangen können. Da sie aber nur Publicianisches Recht ihm gab, so kann sie auch nur mit der diesem Rechte entsprechenden Klage als utilis die Restitution verlangen. — Wenn man im Uebrigen, was von der Glossatoren-Zeit her schon streitig war, annimmt, daß die Frau an die zur dos hingegebenen Sachen ihr Recht behält, so ist die Anwendung der Publiciana ohne Weiteres klar.

---

§. 8.

Aufhebungsgründe der actio Publiciana.

Daß die actio Publiciana ebenso gut, wie jede andere actio gewissen Aufhebungsgründen unterliegt, darüber hätten Zweifel nie entstehen dürfen. Nichtsdestoweniger hat Schulin in neuerer Zeit, (wie oben schon erwähnt worden,) die Ansicht

aufgestellt, daß die actio Publiciana ewig begründet bleibe, da sie sich auf Thatsachen stütze, Thatsachen aber nicht ungeschehen gemacht werden könnten. Auch andere reden von einer Klage des redlichen Erwerbers, als wenn die Thatsache, daß Jemand eine Sache erworben habe zur Begründung der Klage genüge. Zum wenigsten sollte an dieser Auffassung der Klage die in der Formel enthaltene Fiction Schuld sein! Denn wie Jeß a. a. O., pag. 215 ff. bemerkt, ist nach dem Wortlaut der Formel, die Fiction nicht auf den Augenblick der Klaganstellung zu beziehen, — „eine solche Fiction würde allerdings genügend sein, ihre Wirksamkeit in alle Zukunft zu erstrecken. — Es sollte vielmehr nur fingirt werden, daß der redliche Erwerber in dem Zeitpunkt, bis zu welchem er wirklich Besitzer gewesen, durch Ersitzung Eigenthümer der Sache geworden sei."

Würden daher, so folgert Jeß weiter, von dem Beklagten derartige Umstände vorgebracht, welche darnach beschaffen wären, dem Richter die bezeichnete Schlußfolgerung, (daß nämlich Kläger selbst Eigenthümer sei) als nicht gerechtfertigt erscheinen lassen, so müsse der Richter, auch ohne daß die Aufnahme exceptio erforderlich gewesen wäre, diese Umstände berücksichtigen und demnach den Kläger abweisen.

Die Fiction hat, wie oben dargelegt, materielle Bedeutung gar nicht, sie ist vielnehr ein processuales Aushülfsmittel.

Wenn der Prätor beim Dasein gewisser Thatsachen eine actio gab, so constituirte er damit ein Recht, welches sich an solche Thatsachen anknüpft. Jede actio, mag sie auch eine reine actio in factum sein, ist als solche ein selbstständiges Recht, und Rechte unterliegen Aufhebungsgründen. Wir haben diese jetzt aufzusuchen.

Als dingliches Recht unterliegt das Publicianische Recht im allgemeinen den Aufhebungsgründen, durch welche dingliche Rechte überhaupt beendet werden, so, wenn die Sache

untergeht, an welcher das Recht bestand, weiter an wilden Thieren, wenn diese ihre natürliche Freiheit wieder gewinnen, durch Veräußerung des Fiskus ꝛc.

Als ein veräußerliches Recht geht das Publicianische Recht durch Veräußerung für den Veräußerer unter (vgl. §. 7). Wenn das Eigenthum unabhängig von dem Willen des Berechtigten untergeht, falls ein Anderer die Sache usucapirt, so muß auch dies für das Publicianische Recht gelten. Ebenso muß dasselbe untergehen, unter denselben Bedingungen, unter welchen das Eigenthum durch Specification erlöschen würde, oder durch commixtio u. dgl. m.

Alle diese Fälle lassen sich ausdrücken durch den Rechtssatz: das Publicianische Recht und damit die Publicianische Klage des bisher Berechtigten geht unter, sobald mit dem Besitzverluste des Klägers der Beklagte oder ein Dritter durch Usucapion oder vermöge eines sonstigen, das bisherige Eigenthum aufhebenden originären Erwerbsactes, Eigenthümer geworden ist.

Erwirbt dagegen Jemand Eigenthum an der im Publicianischen Recht eines Andern stehenden Sache durch Singularsuccession vom bisherigen Eigenthümer, so wird dadurch der Bestand des Publicianischen Rechts nicht tangirt. Legirt also der wirkliche Eigenthümer seine Sache (per vindicationem) an einen Andern, so wird dadurch, daß dieser Letztere Eigenthum erwirbt, das Publicianische Recht nicht aufgehoben, denn es bestand ja auch neben dem Eigenthum, welches der Autor hatte.

Dasselbe läßt sich auch denken, wenn der wirkliche Eigenthümer das Eigenthum an seiner Sache durch Tradition auf einen andern überträgt. Natürlich kann das nur unter der Voraussetzung geschehen, daß durch Erlangung des Besitzes seitens des Eigenthümers nur das thatsächliche Besitzverhältniß zu Ungunsten des Publicianischen Eigenthümers gestört wäre, nicht dagegen das rechtliche. Das wäre z. B. der Fall, wenn die dem Eigenthümer gehörige Sache zufällig,

ohne daß er sein Eigenthum erkannte, in seine Hände gelangte, und er nun bald darauf einen Andern tradirte, ohne von seinem Eigenthum auch dann noch zu wissen. Erwerber erwirbt solchen Falls bekanntlich Eigenthum.

Das Publicianische Recht geht aber nicht bloß dann verloren, wenn der Beklagte oder ein Dritter Eigenthümer geworden ist, und zwar unabhängig von dem Willen des bisherigen Eigenthümers. Man muß auch die weitere Folge behaupten, daß das Publicianische Recht ferner auch dann verloren geht, wenn ein Anderer unabhängig von dem Willen des bisherigen publicianischen Eigenthümers an der fraglichen Sache Publicianisches Recht erworben hat. Man wird diesen Satz, wenn er auf folgende Fälle angewendet wird, gewiß nicht bestreiten:

Wenn von dem fundus Cornelianus, welchen der A. zum Publicianischen Recht besitzt, ein Baum, der zufällig dem A. abhanden und dem B. in die Hände gekommen ist, auf dem fundus Semproniamus, welchen C. zu demselben Rechte hat, verpflanzt würde, so wird C. Publicianischer Eigenthümer des Baumes, sobald dieser angewachsen ist. Damit wäre das Recht des A. an dem Baume aufgehoben.

Ebenso wäre es beim Erwerb durch alluvio. Nicht anders kann es sein, wenn Jemand unabhängig von dem Willen des bisherigen Publicianischen Eigenthümers durch Tradition Publicianisches Recht erwirbt. Auch hier muß das Recht des bisherigen Publicianischen Eigenthümers aufgehoben werden. In welchem Maße ich mit diesem Satze der herrschenden Lehre in Gegensatz getreten bin, ist mir voll bewußt. Er ist näher zu begründen:

Aus dem Begriffe des Eigenthums folgt, daß an ein und derselben Sache ein mehrfaches Eigenthum nicht stattfinden kann. Erwirbt Jemand das Eigenthum an einer Sache, so ist damit Verlust des Eigenthums auf Seiten eines Andern verbunden, vorausgesetzt daß überhaupt schon die Sache im

Eigenthum stand. Dabei ist es gleichgültig, ob Jemand den Erwerb des Eigenthums unabhängig oder abhängig von dem Willen des bisherigen Eigenthümers herleitet. Ebenso steht es mit den anderen dinglichen Rechten: an dieselbe Sache kann mehreren ein und derselbe Nießbrauch nicht zustehen, ebensowenig ein und dasselbe Pfandrecht zustehen.

Wenn das Publicianische Recht nun ein dingliches Recht ist, welches die Gestalt des Eigenthums hat, so ist gleichfalls nie denkbar, daß dieses Recht ungetheilt Mehreren, Jedem besonders zu gleicher Zeit zustehen könnte.

Ist es glaublich, daß der Prätor dasselbe Recht an derselben Sache Jemanden geben könnte, wenn er nicht vorher dieses Recht dem bisherigen Inhaber genommen hätte?

Man wende hiegegen nicht ein, daß es wider alle Billigkeit wäre, wenn die Rechtsordnung zunächst Jemandem ein Recht gäbe und dasselbe Diesem gegen seinen Willen wieder nähme. Trifft dasselbe auch nicht beim Eigenthume zu? Wird hier nicht dem Eigenthümer durch Usucapion auch gegen seinen Willen sein Recht genommen?

Und warum sollte das Publicianische Recht, das doch relativ ein viel schwächeres Recht ist, als das Eigenthumsrecht, vor diesem einen Vorzug genießen?

Nur wer des Glaubens ist wie Schulin, daß der Prätor mit Aufstellung seiner Klage kein Recht habe aufstellen wollen, sondern nur dem eine Klagebefugniß habe eingeräumt, der einmal eine Sache erworben habe, nur Derjenige, sage ich, kann zu der Ansicht gelangen, daß zu gleicher Zeit zwei oder mehrere objectio wirklich Klagberechtigte da sein können.

§. 9.

Die exceptio dominii. Der Conflict des Publicianischen Rechts mit dem civilen Eigenthum.

Als dingliche Klage müßte die actio Publiciana gegen Jeden gehen, der das ihr zu Grunde liegende Recht verletzt. Hätte die Klage diese Kraft, so wäre damit das civile Eigenthum negirt. Das civile Eigenthum wäre damit aufgehoben.[1]) Daß der Prätor diese Absicht nicht hatte, das giebt uns Neratius m. l. ult. h. t. zu verstehen.

Publiciana actio non ideo comparata est, ut res domino auferatur.

Principiell ist daher eine Klage des Publicianischen Eigenthümers gegen den civilen Eigenthümer undenkbar. Nach dem Wortlaut der Formel konnte es indessen geschehen, daß die Klage gegen letzteren angestellt wurde. Der Prätor half hier, indem er für den Beklagten, der behauptete, Eigenthümer zu sein, eine exeptio in die Formel einrückte.

Bei dieser Manipulation muß uns sofort zweierlei auffällig erscheinen. Einmal: warum der Prätor nicht, wenn er durch Aufstellung des Publicianischen Rechts den civilen Eigenthümer nach wie vor schützen wollte, in seinem Edict dies zum Ausdruck gebracht hat, und dem entsprechend in der Formel in der intentio von vornherein den Richter angewiesen hat: wenn er fände, daß der Beklagte Eigenthümer sei, den Kläger mit seiner Klage abzuweisen.[2])

---

[1]) Bei Aufstellung der Publiciana des bonitarischen Eigenthums ging allerdings seine Absicht dahin, das civile Recht zu corrigiren.

[2]) Man hat hier behauptet, daß der Prätor dies auch gethan hätte, man müsse nur die Worte a non domino zu petet ziehen. Aber es gehören, wie schon oben dargethan, diese Worte zu traditur. Zum andern, wenn die Meinung richtig wäre, dann ist wiederum nicht klar, warum die Einrückung einer exceptio in die Formel geschah.

Eine zweite auffallende Erscheinung bietet uns das Verhältniß der beiden Parteien zu einander. Der Kläger, der sich stützt auf ein weit schlechteres Recht, als der Beklagte, kommt mit dem leichten Beweise davon, daß er bona fide ex justa causa die verlorene Sache erworben. Der Beklagte muß dagegen den schwierigen, diabolischen Beweis liefern, daß er Eigenthümer sei und dies alles trotz der sonst nicht gering anzuschlagenden Thatsache, daß er im Besitze sich befindet.[1])

Die beiden erwähnten auffälligen Erscheinungen lassen die Vermuthung rechtfertigen, daß wir es hier nicht mit einer exceptio im eigentlichen Sinne des Wortes zu thun haben, daß es sich vielmehr um rechtliche Vorgänge ganz anderer Art handelt.

Eine nähere Prüfung des Wesens der exceptionen zeigt in der That, daß die exceptio dominii mit derselben nichts zu thun hat.

Man stellt heute 2 Kategorien von Defensionen auf, mit welchen der Beklagte Abweisung der Klage erzielen kann: ipso jure wirkende Vertheidigungsgründe und die eigentlichen exceptionen. Die ersten hängeu zusammen mit der Beschränkung des Klaggrundes auf die causa efficiens. Sie sind entweder rechtsverhindernde Thatsachen d. h. solche Thatsachen, welche die conditio sine qua non des Klaggrundes bilden oder rechtsvernichtende Thatsachen d. h. Befreiungsgründe. Diese Defensionen sind begründet in der Natur der Sache, der ratio juris d. i. der strengen Rechtsconsequenz. Es braucht nicht besonders hervorgehoben zu werden, daß die exceptio dominii unter diese Kategorie nicht fällt.

---

[1]) Man muß den Anhängern der Theorie vom Schutze des relativ besseren Rechts diese Sachlage vorhalten und fragen, wie sich dieselbe in ihr System einreihen läßt. Nicht minder ist dieser Umstand ein eclatanter Beweis der Unrichtigkeit derjenigen Theorie, wonach die Publiciana actio zur Erleichterung des Beweises eingeführt ist, den der Eigenthümer zu erbringen hat.

„Bei den eigentlichen exceptionen, bemerkt Wetzel, lassen sich ähnliche Unterscheidungen machen. Allein dieser Unterschied ist nicht im geringsten maßgebend dafür, welche Thatsachen und Rechte zur Function von Einreden geeignet sind. Soviel müsse aber festgestellt werden, daß die exceptionen aus Billigkeits- und Zweckmäßigkeitsgründen eingeführt sind; sie haben aber alle das gemein, daß sie das ihnen gegenüber stehende Recht nicht in seiner Existenz angreifen, sondern es nur unwirksam machen."

Auch diese Merkmale treffen bei der exceptio dominii nicht zu. Zunächst ist dieselbe nicht aus Billigkeitsrücksichten eingeführt. Ging die Absicht des Prätors nicht weiter, wie oben dargestellt, dann war mit der Aufstellung der Publiciana actio die exceptio auch von selbst gegeben. Sie lag in dem civilen Eigenthum, welches ja der Prätor nicht beseitigt hatte. Kraft des strictum jus, des Eigenthumsrechtes, verlangte sie Anerkennung. Nicht sie wurde aus Billigkeit eingeführt, sondern ihr gegenüber, die gleichfalls in dem Eigenthume schlummerte, ward aus Billigkeit das Publicianische Recht gegeben.

Die exceptionen sollen weiter das gemein haben, daß sie das gegenüberstehende Recht nur unwirksam machen, nicht in seiner Existenz angreifen. Für die exceptio dominii muß das Gegentheil behauptet werden. Wird der Kläger auf Grund des exceptio dominii seiner Klage abgewiesen, dann ist das Recht des Klägers völlig aufgehoben.[1])

Wäre das nicht der Fall, so müßte grade weil das Publicianische Recht ein dingliches ist, es gegen andere Dritte, in deren Hände die abgenommene Sache zufällig gerathen würde, wirken können, wie z. B. dasjenige Eigenthum, welches

---

[1]) Schulin würde dies nach seiner Theorie allerdings bestreiten müssen.

durch eine entgegenstehende exceptio rei venditae et traditae, zwar gegen der Excipienten unwirksam, dennoch im im ähnlichen Fall Wirkungen äußert.

Noch eine andere von den gewöhnlichen abweichende Erscheinung bietet die exceptio dominii. Wenn Jemand, dem gegen irgend einen gegen ihn geltend gemachten Anspruch eine exceptio zusteht, versäumt, sei es absichtlich oder unabsichtlich, die exceptio vorzubringen, und in Folge dessen rechtskräftig verurtheilt wird, so hat er unwiederruflich, sofern er nicht etwa restituirt werden sollte, sein gutes Recht verloren. Bei der exceptio dominii ist es anders. Bringt hier der Beklagte die exceptio dominii gegen den Kläger nicht vor, so mag er immerhin verurtheilt werden, von seinem Rechte büßt er dadurch nichts ein. Die ihm aberkannte Sache wird er mit der Rei vindicatio von dem Sieger leicht wieder erlangen können, da eine exceptio rei judicatae ihm nicht entgegengestellt werden kann.

Dies mag genügen zum Beweise der obigen Behauptung daß die exceptio dominii eine gewöhnliche exceptio im eigentlichen Sinne des Wortes nicht ist. Andere Unterschiede lassen sich gewiß noch aufdecken. Es ist oben die Vermuthung ausgesprochen, daß wir es hier mit einem eigenartigen, rechtlichen Vorgang zu thun hätten. Es ist dies in der That der Fall. Wir sehen denselben wiederkehren, wenn auch nicht auf ganz dieselbe Weise, wie hier, überall, wo Collisionen des prätorischen Rechts mit dem civilen Recht vorkommen können. Nicht immer ist dies der Fall, wo das prätorische Recht im Gegensatz tritt zu dem civilen Recht. Solchen Widerspruch löste der Prätor gar oft damit, daß er die Ordnung des Civilrechts einfach practisch verdrängte und die civile Berechtigung wie z. B. bei der Publiciana des bonitarischen Eigenthümers zu einem nudum jus herabdrückte. Die Collisionen sind nur denkbar, wo das civile Recht in seiner vollen Bedeutung bestehen bleibt, wie z. B. heriditas

neben der bonorum possessio. Zu wessen Gunsten in einem solchen Conflict der Sieg ausfallen wird, das hängt vornehmlich von der Intention des Prätors ab, welche er bei Aufstellung seiner Rechtssätze verfolgte. Der Conflict wird zu Gunsten des prätorischen Rechts entschieden werden müssen, wenn der Prätor sein Recht corrigendi juris civilis gratia eingeführt hat. Entgegengesetzten Falls wird stets das civile Recht den Sieg davontragen. Ein recht anschauliches Bild solcher Conflicte gewährt uns das römische Erbrecht. Der Prätor gewährt, wenn der Civilerbe versäumte, die ihm zustehende bonorum possessio zu agnosciren, und in Folge dessen die b. p. an die nächste Klasse ging, dem Nachberufenen die b. p. Allein dieses Erbrecht war nicht von dauernder Wirkung, es war sine re, sobald der civile Erbe gegen den prätorischen auftrat.

Ganz ähnlich liegt es in unserem Falle, der Prätor gab dem gutgläubigen Erwerber eine Klage für den Fall, daß sein Recht verletzt würde. Diese Klage mußte eine actio in rem sein, die also gegen jeden ohne Ausnahme ging. [1])

Damit war der Gegensatz zum civilen Recht gegeben. Wer im Collisionsfalle den Sieg davontragen mußte, ist klar, da der Prätor das Publicianische Recht nicht corrigendi sondern supplendi juris civilis causa einführte. Das Eigenthum mußte stets den Sieg davon tragen, wenn es zum Conflicte kam. Dieser Conflict lag natürlich nicht sofort vor, wenn der Eigenthümer verklagt wurde; er mußte erst hervor-

---

[1]) Es ist undenkbar, daß der Prätor zu den beiden Klassen von Klagen actiones in rem und in personam noch eine dritte Klasse hatte aufstellen wollen. Windscheid, Lehrb. §. 43, 36, sieht auf den Erfolg des Conflictes zwischen dem civilen und prätorischen Recht, wenn er sagt, daß es dingliche Ansprüche giebt, welche gegen gewisse Personen nicht durchfechtbar sind. Die dingliche Klage als solche muß gegen jeden durchfechtbar sein.

gerufen werden. Wann der Eigenthümer [1]) diesen Conflict hervorrufen konnte und wollte, lag völlig bei ihm. — Seine Rei vindicatio mußte ihm stets zum Siege verhelfen, mochte auch einstweilen der Kläger gegen ihn durchgedrungen sein. Es lag für den Eigenthümer nichts näher, als daß er dann, wenn der Publicianische Eigenthümer gegen ihn auftrat, diesen Conflict heraufbeschwor, noch ehe er verurtheilt war. Der Prätor gab diesem Begehren selbstverständlich sofort statt, indem er den Richter anwies, zu prüfen, ob der Conflict, wie behauptet, vorläge. Diese Prüfung konnte nur zufolge angebotener Beweise ermöglicht werden. Es lag für den Prätor am nächsten, diesem Begehren in Form einer exceptio statt zu geben.

Aus dem Gesagten geht hervor:

1) daß der Prätor in seinem Edict an ein „a non domino petere“ nicht gedacht hat,
2) warum die exceptio auf besonderes Verlangen von dem Prätor in die Formel eingerückt wird, und
3) endlich, welche rechtliche Natur diese exceptio hat.

Huschke hat die Behauptung aufgestellt, der Prätor hätte sich die Einstellung der exceptio dominii in die Formel vorbehalten und nicht von vornherein den Richter angewiesen freizusprechen, wenn er finde, daß der Beklagte Eigenthümer sei, weil er nur causa cognita die Einrede des Eigenthums habe zulassen wollen. Er beruft sich zum Beweise dafür auf l. 57 mandati, in welchem wir die Worte finden „cum exceptio justi dominii causa cognita detur“. Man interpretirt die Stelle allgemein dahin, daß der Käufer, obwohl er die gekauften Sklaven ersessen hätte, sich doch nicht gegen die actio Publiciana des veneliciarius auf sein

---

[1]) Man braucht sich gerade nicht immer zu denken, daß dieser Conflict nur dann vorlag, wenn der Eigenthümer Beklagter war. Es konnte ein Conflict auch dann herbeigeführt werden, wenn die Sache in den Händen eines Dritten sich befand.

dominium berufen könnte, weil der Prätor die exceptio dominii nur causa cognita gäbe, im concreten Fall es aber nicht thue.

Gegen diese Interpretation der so viel und verschiedenfach ausgelegten Stelle läßt sich meines Erachtens das nachstehende Bedenken geltend machen:

Wie wäre zu urtheilen, wenn der Käufer, nachdem er die Sklaven ersessen hat, zufällig den Besitz derselben an den veneliciarius verlöre und nun gegen diesen mit der wohlbegründeten und erwiesenen Rei Vindicatio auftrete. Man sieht, daß der Fall dadurch durchaus nicht anders zu liegen kommt. Womit würde jetzt der Sklavenhändler sich schützen können?

Wollen wir den von Papinian in fine der Stelle angeführten Grund, weshalb Kläger mit der actio Publiciana durchdringen muß, an den supponirten Fall anlegen, dann bleibt uns nur eine Möglichkeit, ihn zu schützen, indem wir dem Prätor die Befugniß einräumen, auf Grund der clausula generalis, dem veneliciarius die In Integrum Restitutio zu ertheilen und demzufolge dem Käufer die Bitte um Ertheilung der formula petitoria abzuschlagen. Meiner Meinung nach haben wir es hier mit einem Fall zu thun, wo die Publiciana actio im judicium rescindens wieder hergestellt wird. Die causae cognitio ist hier diejenige, welche der Prätor vor Ertheilung der In Integrum Restitutio vorzunehmen hat.

Aehnlich liegt die Sache, wenn Jemand eine Sache veräußert hat, wie z. B. im Falle l. 4, §. 4, D. q. m. c. 4, 2. Innere Gründe dafür, daß der Prätor die exceptio dominii nur causa cognita ertheilte, wie solche Huschke, pag. 87, ff. zu haben glaubt, sind nicht erfindlich. Insbesondere kann der Grund nicht ziehen, daß, wenn dem Kläger der bloße quiritarische Eigenthümer gegenübersteht, diesem deswegen die exceptio dominii nicht ertheilt werden könne, eben weil sein

Recht inhaltslos sei. Allein dem gegenüber ist zu bemerken, daß ja das Recht des quiritarischen Eigenthümers deshalb nudum jus ward, weil der Prätor die exceptio bezw. replicatio rei venditae et traditae gab.[1])

Wenn, wie oben ausgeführt, das Publicianische Recht überall da cessiren mußte, wo der Collisionsfall mit dem civilen Eigenthum antrat, wie konnte es dann geschehen, daß der Publicianische Kläger zuweilen gegen den civilen Eigenthümer durchdringt? Wir würden nach dem oben Gesagten uns eines Widerspruchs schuldig machen, wenn wir diese Thatsache auf eine Eigenschaft des Publicianischen Rechts, mit welchem wir es hier hauptsächlich zu thun haben, zurückführen wollen. Es ist an sich undenkbar, daß der Publicianische Kläger als *solcher* gegen den Eigenthümer der Sache, wenn dieser die exceptio erhält, durchdringt, mag er Eigenthümer geworden sein durch Usucapion, nachdem Kläger sein Publicianisches Recht erworben hat, oder mag das Eigenthumsrecht des Beklagten bei ihm oder seinem Autor schon bestanden haben. Wenn dies dennoch der Fall ist, so ist dies ein untrügliches Zeichen, daß wir es hier mit der actio Publiciana des bonitarischen Eigenthümers zu thun haben. Bei Aufstellung dieser actio hatte der Prätor ein anderes Ziel im Auge, er wollte nicht supplere, sondern das jus civile corrigere; er wollte demjenigen, welchem er diese Klage gab, dem civilrechtlichen Eigenthümer gleichstellen, wovon im con-

---

1) Huschke stellt den Satz auf, daß der Prätnr überall da, wo das behauptete Eigenthum nudum jus oder wenn es justum dominium war, doch nach der Beschaffenheit des Erwerbsgrundes selbst nicht einen Publicianischer Kläger ausschließendes war, die exceptio dominii versagt habe. Das Letztere soll der Fall sein, wenn das Eigenthum des Beklagten erst nach dem Recht des Klägers nicht durch eine rechtsgültige Veräußerung, sondern gegen ihn auf eine für ihn nicht billige Art entstanden war, kurz wenn der Beklagte usucapirt hätte. — Also das Recht des Eigenthümers erlischt, das des Publicianischen Eigenthümers bleibt bei Bestand, wenn ein Dritter usucapirt!!

creten Fall die Aufhebung des Eigenthums die Folge war. In welcher Weise der Prätor diese correctorische Absicht m. E. verwirklichte, ist oben, §. 1, dargestellt worden. Als Justinian mit seiner lex. un. C. (7, 25), den großen Verschmelzungsact des bonitarischen und quiritarischen Eigenthums vollbracht hatte, da wäre es Sache der Compilatoren gewesen, alle die Fälle, wo die Publiciana in correctorischer Absicht gegeben war, in das corpus juris nicht aufzunehmen. In einem Theil der Fälle haben die Compilatoren das Wesen der Publiciana als einer Rei Vindicatio verkannt und unrichtiger Weise derselben die Wirkung beigelegt, welche die Publiciana des gutgläubigen Erwerbers hat.

Die fraglichen Fälle sind diejenigen, wo dem vindicirenden Eigenthümer die exceptio rei venditae et traditae oder eine exceptio doli des gleichen Inhalts entgegengestellt werden könnte. Es gehören dahin:

1) die Fälle, wo der veräußernde Tradent non dominus später Eigenthümer geworden ist, sei es, daß er von dem wirklichen Eigenthümer das Eigenthum durch Kauf ꝛc. erwarb, oder den Eigenthümer beerbte. l. pr. D. (21, 3); l. 17, D. de evict. (21, 2), l. 72, D. R. V. (6, 1), l. 2, D. (21, 3), l. 4, §. 32, D. (44, 4).

2) Der Fall, wo der Eigenthümer Gesammtnachfolger des tradirenden non dominus ward. l. 1, §. 1, D. (21, 3); l. 73, D. (21, 2), l. 14, C. (3, 32); l. 14, C. (8, 45).

3) Der Fall, wo die vom Eigenthümer verkaufte Sache auf fehlerfreie Weise in den Besitz des Käufers gelangt l. 1, §. 5, D. (21, 3).

4) Der Fall, wo die Vindication desjenigen, der sich für den Fall der Eviction einer ihm gehörigen, jedoch von einem Dritten verkauften Sache verbürgt hat, mit einer exceptio doli zurückgeschlagen wird.

5) Die beiden Fälle der l. 49. mandati. [1])

Alle diese Fälle, so muß behauptet werden, sind Fälle, wo die Publiciana actio nicht die rechtliche Natur der dieser Abhandlung vorliegenden Publiciana hat. Es sind Fälle, wo in der That dem Erfolg nach bonitarisches Eigenthum vorliegt,

Leonhardt schlägt demzufolge der späteren Gesetzgebung folgende Sätze vor:

1) Der blos zufällige geschehene Besitzübergang von dem Veräußerer auf den Erwerber nach geschlossenen Veräußerungsgeschäft steht der wirklichen Tradition gleich, wenn er fehlerfrei ist.

2) Wenn der Eigenthümer einer Sache der Veräußerung derselben oder der Bestellung eines dinglichen Rechts an derselben, sei es auch im Irrthum über sein Eigenthum beigestimmt hat, so ersetzt dies nach geschehener Uebergabe den Mangel des Eigenthums in der Person des Veräußerers.

3) Die Tradition einer Sache oder der Bestellung eines dinglichen Rechtes an derselben durch die Nichteigenthümer auf Grund eines Veräußerungsgeschäfts wird nachträglich gültig,

   a) wenn der Veräußerer oder ein Dritter, welcher der Veräußerung beigestimmt hat, von dem Eigenthümer die Sache erwirbt,

   b) wenn der Eigenthümer der Sache den Veräußerer oder einen Dritten, welcher der Veräußerung beigestimmt hat, beerbt hat.

Leonhard ist diesem völlig beizustimmen. Das nudum jus, welches in allen Fällen dem Veräußerer nach altem Recht verblieben ist, und fast gar keine Bedeutung hat

---

[1]) l. 7, §. 3, D. 23, 3, gehört nicht hierher.

würde damit entsprechend der Absicht Justinians sein Ende erreicht haben.

Kurz hervorheben will ich noch, daß ich auch in dem Fall der l. 28, D. (9, 4) von Africanus einen Fall des bonitarischen Eigenthums sehe.

---

§. 10.

Die sogenannte exceptio des gleichen Rechts.

Nach der in §. 8 oben aufgestellten Ansicht ist die Möglichkeit, daß zwei oder mehrere an derselben Sache zu gleicher Zeit jeder für sich das Publicianische Recht haben, ausgeschlossen.

Indem der Prätor dem neuen Erwerber der Sache heute das Publicianische Recht giebt, nimmt er damit demjenigen, dem er dieses Recht gestern an derselben Sache gegeben hat, wieder. Das ist die strenge Rechtsconsequenz, die wir in gleicher Weise beim Eigenthum unbeanstandet hinnehmen. Giebt das civile Recht demjenigen, der eine Zeit lang eine Sache besessen hat, das Eigenthum daran, so nimmt es mit demselben Augenblicke dem Eigenthümer sein Recht. Knüpft das civile Recht an die Specification, die implatatio, accessio, alluvio u. d. m., Eigenthumserwerb, so führt es damit zu gleicher Zeit den Verlust des Eigenthums auf Seiten des bisherigen Eigenthümers herbei. Es ist kein Grund zu sehen, warum beim Publicianischen Recht eine andere Behandlung eintreten sollte. Wenn dem Inhaber des absoluten Rechts dieses wider seinen Willen entwunden werden kann, dann ist nicht abzusehen, warum dem Inhaber des schwächeren Rechts dieses nicht genommen werden kann.

Wenn von dem Grundstück des Publicianischen Eigenthümers ein Theil abgerissen wird und dieses dem Grund-

stück des andern Publicianischen Eigenthümers anwächst, dann glaube ich, wird keiner behaupten wollen, daß nunmehr noch der Erstgenannte Publicianischer Eigenthümer geblieben ist.

Aber wenn Publicianisches Recht durch Tradition erworben wird, dann will man mit einem Male die Möglichkeit, daß zwei oder mehrere Publicianische Eigenthümer zu gleicher Zeit dasselbe Recht an einer Sache haben, wiedergeben. Nur Anhänger der Schulin'schen Ansicht, die die actio Publiciana für eine Klage des redlichen Erwerbers, d. h. desjenigen, der die Thatsache, einmal erworben zu haben, für sich anführen kann, erachten, nur die können zu der Ansicht gelangen, daß zwei und mehrere zu gleicher Zeit zur Anstellung der Publiciana berechtigt sind, gelangen. Weit schlimmer steht es mit denen, die gar von zwei oder mehreren bonafidei possessores reden. Nachdem die alte Ansicht des Trebatius (l. 3, pr. D. uti pos (43, 17), daß zwei juristische Besitzer an einer und derselben Sache denkbar seien — daß in der in justa possessio der Besitz des eigenmächtig Entsetzten fortdauere — schon in der Römischen Jurisprudenz als unrichtig verworfen war, (vergl. Paulus (l. 88, 5 D.) (41, 2), sollte man billigerweise von der Möglichkeit zweier bonae fidei possessores nicht mehr reden.

Nach dem Gesagten ist indessen die Möglichkeit nicht ausgeschlossen, daß zwei oder mehrere sich gleichzeitig zur Anstellung der Publiciana berechtigt halten, und ferner ist nicht ausgeschlossen, daß auch im concreten Fall der objectiv nicht mehr Berechtigte mit der Publiciana actio durchdringt. Es hängt dies zusammen mit dem Satze, daß derjenige, der sein Recht klagend verfolgt, nur die Entstehung seines Rechtes zu behaupten und zu beweisen braucht. Ich setze folgenden Fall: A. hat eine Sache a non domino erworben und tradirt erhalten, die Sache kommt zufällig in die Hände des B. (der also keinen Titel für sich anführen kann), B. veräußert die Sache an den gutgläubigen C. und tradirt sie ihm. Nun

verliert C. die Sache, die zufällig in die Hände von D. geräth. Nach unserer Ansicht ist C. Publicianischer Eigenthümer geworden, und er wird erfolgreich gegen D. die Klage anstellen können. Das Recht des A. ist nach unserer Ansicht erloschen, sobald C. die Sache bona fide tradirt erhalten hat. Indessen wird A., wenn er erfährt, daß seine Sache bei D. sei, noch unter Umständen gegen den D. durchdringen können, nämlich dann, wenn D. nicht vorbringt oder nicht vorbringen kann, daß das Recht des A., dessen Entstehung dieser nachgewiesen hat, erloschen sei.

Dies ist ebenso gut möglich, als ein augenblicklicher Nichteigenthümer, der aber früher Eigenthümer war, mit der Rei Vindicatio durchdringen kann. Wir setzen den Fall, daß der jetzige Nichteigenthümer, dessen Sache von Y. ersessen ist, gegen den besitzenden Z. klagt, und dieser der begründeten Rei Vindicatio nicht entgegensetzte, daß das Eigenthum des X. erloschens ei.

Wenn in beiden Fällen sowohl der A. wie der X, deren Rechte erloschen sind, noch gegen den Besitzer klagen können, auch vielleicht durchdringen, so ist die Anstellung der Publiciana, wie der Rei Vindicatio auch denkbar gegen den zeitigen Inhaber der resp. Rechte. (In unserm Beispiel: A .gegen C., X. gegen Y.

Wer verlieren wird, ist klar, beiden Klägern steht die Einrede entgegen, daß ihr Recht erloschen sei.[1])

---

[1]) Rücksichtlich der actio Publiciana wird dies von der herrschenden Lehre nur zugegeben, wenn der Beklagte (im Beispiel: C.) vom Kläger, erworben hat. Man sagt dann: der wohlbegründeten Publiciana actio des A. stehe die exceptio rei venditae et traditae entgegen. Das Recht des A. wäre darnach ein nudum jus wie das quiritarische Recht des veräußernden Eigenthümers. Huschke verneint diese exceptio, indem er sagt, „der Prätor könne im Veräußerungsfalle, die Fiction, daß A. Eigenthümer sei, nicht mehr wollen."

Aber ebenso gut wird der Prätor diese Fiction nicht mehr wollen, wenn er später die Fiction nicht mehr will, „daß ein Anderer Eigenthümer sei." Sollte der Prätor Angesichts des Satzes, daß ein Eigenthum duorum in solidum ein Unding sei, doch dies fingiren können.

Umgekehrt würde aber auch C. gegen den A. durchdringen, wenn die Sache zufällig ohne Titel an den A. gelangt wäre, sofern nicht A. nachweise, daß das Recht des C. inzwischen erloschen sei, daß ein Anderer daran Publicianisches Recht erworben hätte.

Es folgt aus dem Gesagten, daß es ganz gleichgültig ist, ob beide Prätendenten des Publicianischen Rechts von demselben Autor ihr Recht ableiten oder von verschiedenen; siegen wird stets derjenige, dem das Publicianische Recht z. B. noch zur Seite steht.

Treten dagegen zwei Prätendenten gegen einen dritten auf, so wird der in der Regel durchdringen, der zuerst die Klage anstellt, sofern ihm nicht etwa mit Erfolg die Einrede entgegengesetzt wird, daß das klägerische Recht erloschen sei.

Die aufgestellten Sätze stimmen mit der herrschenden Lehre durchaus nicht überein. Windscheid lehrt: „Der redliche Erwerb hilft nicht demjenigen Besitzer gegenüber, welcher gleiches oder besseres Recht hat. Gleiches Recht hat derjenige, welcher ebenfalls in redlicher Weise erworben hat. Jedoch ist in diesem letzten Falle zu unterscheiden, ob die streitenden Parteien sich auf den gleichen Rechtsurheber berufen oder Jede auf einen verschiedenen. In dem ersten Fall geht nicht der gegenwärtige Besitzer vor, sondern der erste Erwerber.

Man beruft sich auf diese Sätze auf die lex 9 §. 4, h. t. Ulpians: Si duobus quis separatim vendiderit bona fide ementibus, videamus, quis magis Publiciana uti possit, utrum is cui priori res tradita est an is, qui tantum emit? Et Julianus libro septimo Digestorum scripsit, ut si quidem ab eodem non domino potior sit, cui priori res tradita est; quodsi a diversis non dominis melior sit causa possidentis, quae sententia vera est. Ulpian fragt: Wenn A. eine Sache an B. und C. besonders verkauft hat, wer ist zur Anstellung der Klage objectiv berechtigt? Derjenige, dem als ersten Käufer die Sache tradirt, oder

derjenige, der nur kaufte (wobei[1]) Ulpian vielleicht hinzudenkt, „und zwar vor dem Andern kaufte)? Wir fragen: wie konnte Ulpian eine solche Frage stellen, da doch Besitzerwerb in diesem Falle zur Publiciana nothwendig ist! Unsere Verwunderung scheint berechtigt. Und da man Ulpian eine solche Frage nicht zutrauen kann, so hat man angenommen, Ulpian habe den Fall gesetzt, der Verkäufer habe beiden tradirt.[2])

Indessen streitet diese Auffassung gegen den klaren Wortlaut der Ulpian'schen Frage. Ich meine Ulpian hätte sich anders ausgedrückt, wenn er wirklich den Fall im Auge gehabt hätte, den Andere in seinen Worten sehen. Ulpian muß darnach einen Grund gehabt haben, die Frage so zu stellen, wie wir sie aufgefaßt haben. Wenn wir diesen Grund auffinden wollen, so müssen wir unsern Blick werfen auf das Rechtsgeschäft, um welches es sich hier handelt. Ulpian redet von einem Kaufe. Nach älterem Rechte war der Kaufvertrag unzweifelhaft ein Realvertrag, ein Vertrag, der nur durch Geben und Nehmen der Sache zu Stande kam.[3]) Er war aber auch zu gleicher Zeit ein dinglicher Vertrag, insofern darin der Wille ausgesprochen ward, Eigenthum oder andere dingliche Rechte zu verschaffen.[4]) Im späteren Rechte streifte der Kauf seine Eigenschaft eines Realvertrages ab und ward ein Consensualvertrag.

Seine Eigenschaft eines dinglichen Vertrages behielt er bei.[5]) In dem heutigen Kaufgeschäft liegt daher in der Er-

---

[1]) So Huschke.

[2]) Das wäre natürlich nur so denkbar, daß der Verkäufer zufällig die verkaufte Sache wieder in seine Hände bekommen hätte.

[3]) Windscheid §. 321.

[4]) Windscheid redet von einem „Entäußerungsvertrag."

[5]) Ich halte dies nach den von Bernhöft (Jahrb. f. die Dogmatik B. 14, S. 58, ff. Beitrag zur Lehre vom Kauf), gelieferten Nachweisungen für völlig unzweifelhaft. Die im Text nachfolgenden Sätze schließen sich an den Gedanken der beregten Abhandlungen an.

klärung verkaufen zu wollen, auch jetzt noch der Wille ausgesprochen, die verkaufte Sache tradiren zu wollen, mit der Tradition das Recht verschaffen zu wollen, welches Verkäufer habe — animus transferendi —; in der Erklärung „verkaufen zu wollen", die Willenserklärung, das Recht des Gegners nehmen zu wollen — animus accipiendi —.

Bei den Römern hat diese dingliche Seite des Kaufs entschieden mehr vorgewaltet, als bei uns (siehe die später zu citirenden Stellen).

Indessen haben diese in dem Kaufgeschäft stillschweigend abgegebenen Willenserklärungen dingliche Wirksamkeit nicht ohne Weiteres. Sie haben dieselbe nur dann, wenn der Uebergang des Besitzes vor sich gegangen ist oder nur anzunehmen ist. Wenn eine Uebergabe nicht nöthig war, weil der Käufer schon den Gewahrsam hatte, so geht Besitz und unter Umständen auch Eigenthum auch durch den Kaufvertrag über (man vgl. l. 4, §. 1, h. t., wo von einer Tradition nicht die Rede ist).

Es war also nur nöthig, daß nach dem Kaufabschluß Besitzübergang nur irgendwie geschehen war, damit der Kaufvertrag seine dingliche Wirksamkeit äußere, selbstverständlich dann vom Augenblicke des Kaufvertrages.[1]) Interdum etiam sine traditione nuda voluntas domini sufficit ad rem transferendam veluti si rem, quam commodavi, aut locavi tibi, ant apud te deposui vendidero tibi, licet enim ex causa tibi eam non tradiderim eo tamen, quod patior eam ex causa emtionis apud te esse, tuam efficio, l. 9, §. 5, D, de acq. r. d. (41, 1), Vgl. weiter l. 62, D. de evict. (21, 2).

---

1) Aus dem dinglichen Charakter des Kaufvertrags erklären sich weiter der Uebergang der Gefahr auf den Käufer z. B. des Kaufabschlusses und das Erforderniß der bona fides beim Verkauf selbst. cfr. oben §. 7, man vgl. Bernhöft: Beiträge.

Durch den bloßen Verkauf kann demnach schon Besitzübergang bewirkt werden. So erklärt sich auch l. 14, h. t. Papinianus libro VI Quaestionum scribit. Si quis prohibuit veldenunciavit, ex causa venditionis tradi rem, quae ipsius voluntate a procuratore fuerat distracta, et is nihilo minus tradiderit, emtorem tuebitur Praetor, sive possideat sive petat rem.

In dem Kaufgeschäft, welches der Procurator mit dem Willen des Verkäufers abgeschlossen, hatte dieser die Erklärung abgegeben, übertragen zu wollen. Diese Erklärung konnte er nicht einseitig wieder zurücknehmen. Damit nun der Vertrag seine dingliche Wirksamkeit äußern konnte, war nur noch nöthig, daß das formale des Besitzüberganges hinzukam. Die Besitzerlangung war aber in diesem Falle eine fehlerfreie. Sonst würde dem Käufer die Klage versagt sein. l. 1, §. 5, D. (21, 3.)

Diese dingliche Natur muß Ulpian vorgeschwebt haben, als er jene Frage stellte, wer klagberechtigter sei, der dem zuerst tradirt sei, oder der, dem zuerst verkauft sei.

Ulpians Gedankengang wird folgender gewesen sein: non dominus A. verkauft an B. seine Sache, sodann verkauft er sie an C. und tradirt sie demselben. Wenn nun schon der Kauf ein inchoativer Erwerb ist, zu dem, damit er vollständiger Erwerb werde, weiter nichts erforderlich ist, als daß der Besitz nur einmal fehlerfrei erworben wird, so scheint die Frage berechtigt zu sein, ob der erste Käufer nicht schon eher die Publiciana hat, als der, dem zuerst tradirt ist. (Vielleicht dachte sich Ulpian noch dabei, daß der erste Käufer zufällig später den Besitz erlangt habe.)

Ulpian beantwortet die Frage mit einem Citat aus Julian: Nur derjenige habe die Publiciana, dem zuerst tradirt sei. Und diese Entscheidung ist richtig, denn freilich ist es wahr, daß, wenn Jemand bona fide kauft, aber die verkaufte Sache nicht tradirt erhalten hat, dennoch, sobald

er nur fehlerfrei den Besitz erlangt, zur Publiciana berechtigt wird. Aber in dem vorliegenden Falle trifft dies nicht zu. Die justa causa mit bona fides liegt hier nicht mehr vor. Denn nachdem der Verkäufer zum zweiten Male verkauft und dem zweiten Käufer sogleich tradirt hat, hat sich Verkäufer in die Unmöglichkeit versetzt, noch ein Mal die Sache zu tradiren, und demnach ist bei dem ersten Kaufvertrage dem ersten Käufer gegenüber nur noch die verpflichtende Wirksamkeit des Kaufes übrig geblieben. Die dingliche Wirksamkeit des ersten Kaufes ist mit dem Augenblick, als derselbe Gegenstand einem Andern ex justa causa tradirt wurde, geschwunden. [1])

Julian knüpft an die erste Entscheidung noch eine zweite Entscheidung, mit welcher er die Frage beantwortet, wer von zwei Käufern die Publiciana mit Erfolg anstellen könnte, wenn beide von zwei verschiedenen Verkäufern nach einander die Sache gekauft hätten.

Julian construirt sich natürlich den einfachsten Fall: der non dominus A. verkauft eine Sache an B. und tradirt sie ihm; die Sache kommt zufällig in den Besitz des C., der sie verkauft und tradirt an D. Wenn B. erfährt, daß seine Sache bei D. ist, wer wird siegen? Julian entscheidet: melior est causa possidentis, quam petentis. Und mit Recht; das Recht des B. ist zwar entstanden, aber erloschen. Man urgire hier nicht das Wort possideus, und übersetze nicht, der Besitzer siege. Julian wollte damit sagen: der

---

[1]) Es ist gleichgültig, ob man die beiden Käufer als Gegner denkt, oder Beide gegen einen besitzenden Dritten. Im ersten Falle wird der stets unterliegen, qui tantum emit. Im zweiten Fall wird der siegen, dem tradirt wurde; dem Kläger, welcher tantum emit, aber nach geschehener Tradition an den zweiten Käufer zufällig den Besitz erlangte und die Sache dann verlor, wird seitens des Besitzers die Einrede entgegengestellt werden können, daß er nicht ex justa causa erworben habe.

siege, dem noch gegenwärtig das Recht zur Seite stehe, nicht der, der auf den Glauben hin, es stehe ihm zur Seite, fordert.

Huschke, der die Frage Ulpians ebenso versteht, wie hier dargestellt, mußte indessen in Gemäßheit seines von ihm aufgestellten Satzes, daß nur bei freiwilliger Veräußerung das Publicianische Recht dem Veräußerer verloren gehe, zum Theil zu anderen Resultaten gelangen.

Was nun die berühmte Stelle von Neratius, l. 31, §. 2, D. A. E. V. (19, 1) anlangt, so wird dieselbe von den meisten Schriftstellern als der cit. l. 9, §. 4 widersprechend gehalten. Ich kann mich in Bezug auf diese Stelle nur der Auffassung Huschke's anschließen, welcher sagt, daß aus der Stelle nicht hervorgehe, daß beiden Käufern tradirt worden sei. — Bei der eigenthümlichen Natur des Kaufvertrags, konnte sich Neratius auch sehr wohl die Frage aufdrängen, wer von den Käufern zur Publiciana berechtigt sei. Neratius entscheidet die Frage dahin: berechtigt sei der der das jus erworben habe und daß sei der, dem nach dem Edict tradirt worden sei und da mache es keinen Unterschied, ob sie beide ab eodem non domino oder a diversis non dominis gekauft habe.

Neratius sagt also nichts, was nicht mit unserer Ansicht in Einklang zu bringen wäre, und was nicht schon Ulpian und Julian behauptet hätten.

Man hat Huschke [1]) vorgehalten (und diese Vorhaltung dürfte auch dem vorliegenden Interpretationsversuche gemacht werden können): wenn Ulpian wirklich nur von zwei Kaufgeschäften und nur einer Tradition gesprochen hätte, so bliebe immer noch l. 72, D. R. V. (6, 1) übrig, welche von zwei successiven Kaufverträgen und zwei successiven Traditionen an zwei verschiedene Käufer seitens eines und desselben

---

[1]) Schirmer, in krit. Viert. schrift. Bd. 18, S. 362.

Verkäufers rede. Der Unterschied läge nur darin, daß beim ersten Verkauf der Trident non dominus, beim zweiten Verkauf und zweiter Tradition dominus war. Könne nun durch diesen Umstand das Recht des zweiten Käufers schlechter werden, als es gewesen wäre, wenn sein Autor inzwischen das Eigenthum nicht erworben hätte? Die Stelle von Ulpian libro XVI ad edictum lautet:

Si a Titio fundam emeris Sempronii et tibi traditus sit pretio soluto, deinde Titius Sempronio heres exstiterit et eundem alii vendiderit et tradiderit aequius est, ut tu potior sis. Nam etsi ipse venditor eam rem a te peteret, exceptione eum summoveres. Sed et si ipse possideret et tu peteres adversus exceptionem dominii replicatione utereris.

Ich würde, — um dies vorauszuschicken — wenn Titius nicht Erbe des Sempronius geworden wäre, und nun zunächst dem „tu“, alsdann, nachdem er den Besitz des fundus zufällig wieder erlangt hat, dem „alius“ das Grundstück verkauft und tradirt hat, unbedenklich den „alius“ als den zur Publiciana allein Berechtigten erachten und würde ihn, wenn das Grundstück abermals zufällig an den Verkäufer oder an den „tu“ gelangte, siegen lassen. Denn das Recht des „tu“ ist erloschen mit dem Erwerb seitens des „alius“.

Wie liegt nun hier der Fall?

Es kauft Jemand von dem non dominus Titius ein Grundstück, welches dem Käufer auch tradirt wird. Der Käufer ist dadurch Publicianischer Eigenthümer geworden. Später wird Titius Eigenthümer des Grundstücks. Das Recht des Titius ist ein nudum jus. Der Käufer ist nun nicht mehr blos Publicianischer Eigenthümer, er ist bonitarischer Eigenthümer geworden, ihm steht jetzt die Publiciana des bonitarischen Eigenthümers zur Seite oder was dasselbe ist, die exceptio rei venditae et traditae. Mit dieser

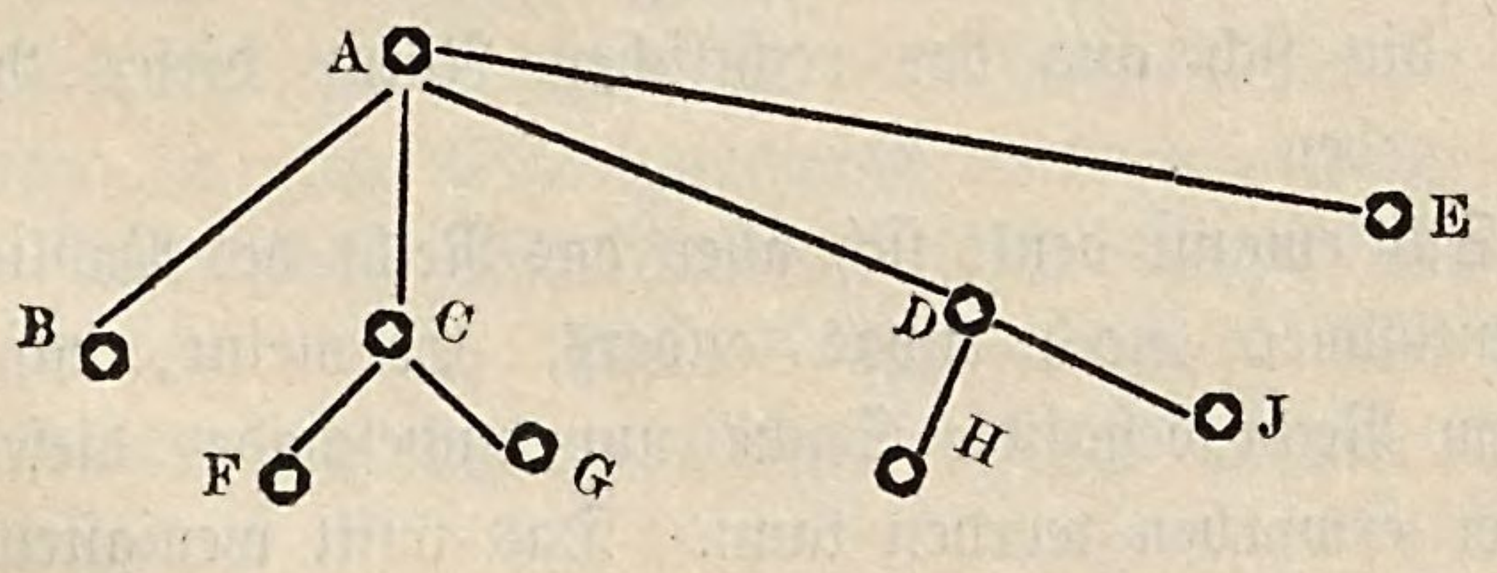
Einrede war fortan das Recht des Titius behaftet. Wenn er veräußerte, so veräußerte nur das nudum jus. Es ergiebt sich hieraus, daß die Stelle hier gar nicht hingehört.

Zum Schlusse dieses Abschnittes ist noch eines Schriftstellers zu gedenken, der mit seiner Ansicht über den sogen. Conflict zweier bonae fidei possessioris in verschiedenen Lehrbüchern Eingang gefunden hat.

Schliemann führt in einer Beilage seiner „Lehre vom Zwange“ (Rostock 1861) kurz Folgendes aus:

Ein bonae fidei possessor A. verkauft und tradirt seine Sache an B. B. wird gleichfalls bonae fidei possessor, Die Sache gelangt zufällig wieder in die Hände von A. Nach dem Grundsatz: melior ex causa possidentis müsse A. obtiniren. Allein dies sei falsch, in diesem Falle sei eine Ausnahme von der Regel zu statuiren. B. müsse siegen und zwar aus folgendem Grunde: B. habe gegen die exceptio bonae fidei possessionis die replicatio rei venditae ac traditae.

Diese exceptio bezw. replicatio gehe in rem d. h. sie stehe sowohl den Singularsuccessoren des A. wie des B. zu. So ergebe sich in folgendem Falle:



wenn wir annehmen, daß der non dominus A. zuerst tradirt hat an B., alsdann an C., D., E.; C. an F. und G.; D. an H. und J., daß E. gegen alle possessoren durchdringen werde, nur nicht gegen die possessoren B.—J. Der J. weiche den poss. B.—H., der H. den poss. B.—G.; der B. dringe gegen alle possessoren durch.

Die Schliemann'sche Darstellung ist klar und anmuthig geschrieben und dürfte den Leser leicht für sich gewinnen, wenn dieser zweierlei übersieht:

1) Daß die exceptio rei venditae et traditae vom Prätor eingeführt ist zum Schutze des bonitarischen Eigenthümers gegen den quiritarischen. Die analoge Anwendung bei der bonae fidei possessio (richtiger beim Publicianischen Eigenthümer) würde dahin führen, daß daß wir analog dem doppelten Eigenthum, von einer doppelten bonae fidei possessio sprechen müßten. Schliemann fühlt dies und sagt daher, daß in dem erstgenannten Falle diese exceptio keine wahre sei, es werde damit nur geltend gemacht, daß dies Recht des Beklagten A. erloschen sei. Dies ist völlig richtig und ist es daher zu bewundern, wie Schliemann in den übrigen Fällen, die er bildlich darstellt, insbesondere in dem oben gezeichneten complicirten Fall der exceptio ihre eigentlich rechtliche Natur wieder zuerkannte.
2) Darf man nicht übersehen, daß das Recht des Publicianischen Eigenthümers nicht nur durch Uebertragung verloren gehen kann, sondern daß sich der Verlust desselben an andere Endigungsgrunde anknüpfen kann, die sich aus der rechtlichen Natur dieses Rechts ergeben.

Schliemann denkt sich aber das Recht des Publicianischen Eigenthümers noch etwas anders. Er meint, daß die mit diesem Recht behaftete Sache nur unbeschadet dieses Rechts weiter erworben werden kann. Das trifft wenigstens in solchem Umfange nicht zu.

Ich will dieses Kapitel nicht schließen, ohne besonders hervorgehoben zu haben, daß gegen die actio Publiciana außer der sogen. exceptio dominii und der noch zweifelhafteren exceptio des gleichen Rechts alle möglichen Einreden zulässig sind, sie mögen Einreden oder exceptionen

im engeren Sinne des Wortes sein, z. B. die Einreden wegen impensen, des persönlichen Rechts ꝛc. ꝛc.

Der Satz: in Publiciana actione omnia eadem erunt, quae et in Rei Vindicatione diximus, gilt auch in dieser Beziehung. Daß die Publiciana actio gegen den geht, qui dolo malo desiit possidere, sowie auch gegen den fictus possessor ergiebt sich gleichfalls aus obiger Regel.

Ebensowenig sind besondere Grundsätze bezüglich der gegenseitigen Leistungen des Beklagten und des Klägers aufzustellen. Es gelten die Grundsätze der Rei Vindicatio.

---

§. 11.

Gegenstand der actio Publiciana.

cfr. Huschke, pag. 38—45, p. 79—84.

Ist auch der Eigenthümer berechtigt diese Klage anzustellen?

Gegenstand der actio Publiciana können dem Edicte nach nur Sachen sein[1]), es wird dies durch das Wort traditum angedeutet. Die Sachen können unbewegliche, wie bewegliche sein. Auch eine Heerde kann mit der Publiciana verfolgt werden, wenn schon sie nicht besessen werden kann, denn kann sie zum Eigenthumsrecht erworben werden, so muß sie hier auch zum Publicianischen Rechte erworben werden können. Auch Theile[2]) sowohl reale, wie ideale Theile können mit unserer Klage verfolgt werden. (l. 12, §. 6, h. t.)

Da ein dem Miteigenthum ähnliches Verhältniß beim Publicianischen Recht nicht undenkbar ist, da es also möglich

---

[1]) Huschke hebt noch besonders hervor, daß die Publiciana actio sich nicht bezog auf absolute Personenstandrechte.

[2]) Die l. 11, §. 7, h. t. verstehe ich anders als Huschke. Meine Interpretation ist zu vergl. in §. 7.

ist, daß das eine Publicianische Recht mehreren Personen zusteht, so ist auch denkbar eine Klage des einen Mitberechtigten gegen den Andern auf Einräumung des Mitbesitzes.

Um Erbschaftssachen zu verfolgen, steht dem Erben, wie wir oben gesehen haben, die Publicianische Klage des Erblassers zu, er succedirt in das Publicianische Recht des Erblassers. War Jemand nicht wahrer Erbe, sondern hatte er die Erbschaft nur als bonorum possessor, so hatte er die Klage des Erblassers als utilis, also auch die Publiciana als utilis.

Wie ist es, wenn Jemand als wahrer Erbe Sachen vorfindet, die nicht zur Erbmasse gehören? Kann er auch diese mit der Publicianischen Klage im Falle, daß sie abhanden kommen, verfolgen? Wenn ein Putativtitel genügt zur Publiciana, so muß die Frage bejaht werden können. Allein es fragt sich, ob als diese putative justa causa die Thatsache, daß er Erbe geworden sei, möglich ist, cfr. l. 3, D, pro hered. 41, 5.

Indessen kann nicht an allen Sachen Publicianisches Recht begründet werden. Dies ist selbstverständlich für Sachen extra commercium. Ferner kann an Sachen, welche einem Veräußerungsverbot unterliegen, unser Recht nicht begründet werden. l. 12, §. 4, D. h. t.

Es ist dies auch selbstverständlich. Können an solchen Sachen weder Eigenthum, noch Pfandrecht, noch sonstige dingliche Rechte nicht erworben werden, so kann auch Publicianisches Recht nicht daran begründet werden.

In wie weit das Veräußerungsverbot die Entstehung des Publicianischen Rechts hindere, darüber ist zu vergleichen die ausführliche Darstellung Huschke's, pag. 82.

Die Beziehung der actio Publiciana auf die Usucapion veranlaßte die commentirenden Juristen das Publicianische Recht an Sachen nicht zuzulassen, welche der Usucapion

entzogen sind, l. 9, §. 5, h. t. [1]) Die res furtivae und res vi possessae können wieder Gegenstand des Publicianischen Rechts werden, sobald das vitium getilgt ist.

Streitig ist es, ob die Sachen, welche blos wegen eines Privilegs ihrer Eigenthümer der Usucapion entzogen sind, an Sachen des Fiscus, Regenten, der Minderjährigen die Publiciana zugelassen sei, worüber Vangerow §. 335, Anmerkung II, 1. b. u. §. 817, Anmerkung A. 5 zu vergleichen ist.

Vangerow stellt ferner am angeführten Orte die Behauptung auf, daß die Publiciana bei solchen Sachen zugelassen sei, welche zwar der eigentlichen Usucapion entzogen seien, aber nicht der praescriptio longi temporis unterliegen. Er beruft sich dafür auf (l. 12, §. 2, h. t.). Die Stelle hat indessen, wie wir gleich sehen werden, einen ganz anderen Sinn. — — — — — — — — — — — —

In gleicher Weise, wie demjenigen, welcher an einer erworbenen Sache Eigenthum erworben zu haben glaubt, die actio Publiciana gegeben wird, wird nach der Ausdehnung, welche die Juristen dem Edicte geben, demjenigen eine analoge Publiciana gegeben, welcher ex justa causa ein anderes dingliches Recht erworben zu haben glaubt. Die Quellen geben in folgenden Fällen eine Publiciana:

1) l. 11, §. 1, D. h. t. dem Erwerber ein Servitut.
2) l. 12, §. 3, h. t. dem Erwerber einer superficies.
3) l. 12, §. 2, dem Erwerber eines vectigalischen Rechts.

Man legt in diese Stelle gar häufig den Sinn, daß der Jurist gesagt habe, an Municipal- und andern Grund-

---

[1]) Erzeugnisse sind nicht furtiv. l. 9, §. 14, D. (41, 3) l. 48, §. 1, D. (42, 1), l. 23, §. 1, (41, 1), operae servorum. Dagegen sind es Sklavenkinder und Thierjunge, wenn sie concipirt sind beim fur (l. 48. §. 5, 6 (47, 2).

stücken, welche nicht usucapirt werden könnten, aber der longi temporis praescriptio unterliegen, fände die actio Publiciana nicht statt. Aber der folgende §. beweist, daß es sich um Grundstücke gar nicht handelt. Die Stelle sagt, das vectigalische Recht könne zwar nicht ersessen werden, aber der gutgläubige Erwerber erhalte die Publiciana als analoge Klage. So Windscheid §. 182 n. 5, Pagenstecher II. S.

Was die Anwendung der Publiciana actio auf das Pfandrecht anlangt, so könnte man geneigt sein, auch demjenigen, der in gutem Glauben, die ihm verpfändete Sache wäre in bonis des Verpfänders, ein Pfandrecht erwürbe, ebenso wie wenn man dem gutgläubigen Erwerber eines Servituts die confessoria als Publiciana giebt, die actio hypothecaria als eine Publiciana actio zu geben. Allein aus der rechtlichen Natur des Pfandrechts, als einer auf dem Willen des Verpfänders beruhenden, dem Pfandgläubiger eingeräumten Veräußerungsbefugniß ergiebt sich mit Recht die Unmöglichkeit jener Argumentation. Der Pfandgläubiger eines non dominus erwirbt nur, wie eben schon hervorgehoben, durch die Verpfändung die Rechtstellung seines Schuldners.

II. Da der Beweis, welchen der Publicianische Kläger zu erbringen hat, weit leichter ist, als der Beweis des mit der Rei Vindicatio auftretenden Klägers, und da weiter der Eigenthümer, indem er Eigenthum erworben, doch auch jedenfalls rechtmäßig erworben hat, so liegt die Frage nahe, ob auch der Eigenthümer mit der Publiciana klagen könne.

Auch diese Frage hat die verschiedenartigste Beantwortung gefunden. Es ist oben schon die Ansicht aufgeführt worden, nach welcher die Publiciana lediglich zum Schutz des Eigenthümers aufgestellt sei. Ihre Unhaltbarkeit ist daselbst nachgewiesen. Die grade entgegengesetzte Ansicht will man herleiten aus Ulpians Fragment: nam si usucaptum est, habet civilam actionem nec desiderat honorariam, wonach also der Eigenthümer nie mit der Publiciana klagen dürfe.

Eine Mittelmeinung, wonach der Eigenthümer sowohl mit der R. V. als der Publiciana klagen könne, wird gestützt auf l. 7, §. 7, D. h. t.

Huschke meint, daß die Klage eingeführt sei, wegen der beim Erwerber von Sachen obwaltenden Ungewißheit, ob man wirklich Eigenthümer geworden sei. Er will daher dem Eigenthümer, der es objectiv geworden, die Klage geben, sofern er subjectiv darüber im Zweifel ist, ob er es geworden. So läßt er im Falle vollendeter Usucapion die Publiciana nur dazu, wenn es factisch fraglich sein könne, ob die Usucapionszeit abgelaufen sei, im übrigen aber nicht, da das, was wirklich sei, nicht aushülflich fingirt werden könne.

Nach unserer Ansicht hat die Fiction in der Formel lediglich processualisch vermittelnde Bedeutung. Der Prätor gab dem gutgläubigen Erwerber einer Sache ein Recht, zum Erwerbe dieses Rechts ist der Nachweis gewisser Thatsachen nöthig. Wer diese Thatsachen nachweisen kann, erhält die Publiciana actio. Da der Eigenthümer die Thatsachen meistens auch wird nachweisen können, so ist kein Grund abzusehen, warum ihm die Klage versagt bleiben sollte. Es wäre das Absurdeste, wenn man den mit der Publiciana auftretenden Kläger dann abweisen wollte, wenn Beklagter nachweisen würde, daß der Kläger civiler Eigenthümer und nicht Publicianischer Eigenthümer sei. Ulpian kann daher mit jenen oben citirten Worten nur gesagt haben wollen, daß der, welcher actio civilis habe, nicht **nöthig** habe actio honoraria zu begehren.

Im Uebrigen ist noch hervorzuheben, daß derjenige Eigenthümer, welcher mit der Publiciana klagt, seine Klage auf sein Eigenthumsrecht nicht stützt, sondern auf das der Klage zu Grunde liegende Recht. Er wird daher nach Abweisung seiner Publiciana noch immer mit der Rei Vindicatio klagen können. Nun wird derjenige naturgemäß nicht auf Grund vollendeter Usucapion mit der Rei vindicatio klagen dürfen,

der mit der Publiciana abgewiesen ist, es müßte denn sein, daß er auf Grund neuer Erwerbsthatsachen klagt.

---

§. 12.

Die actio Publiciana im Verhältniß zum Auflassungsprincip.

Nach der Mecklenburgischen Stadtbuchordnung (sowie nach den Hypothekenordnungen für den ländlichen Kleingrundbesitz mit Ausnahme der Rev. Hypothekenordnung für die klösterlichen Erbpachtstellen) wird Eigenthum an städtischen Grundstücken nur durch Eintrag in das Stadtbuch erworben. Damit sind die Eigenthumserwerbsarten des Römischen Rechts[1]) beseitigt. Dieselben sind zu Titeln zur Eintragung herabgesunken.[2]) Indessen ist Tradition nicht nöthig. Für den Eigenthumserwerb ist dieselbe völlig gleichgültig. Fraglich kann nur werden: ob der Käufer eines Grundstücks, dem dieses tradirt ist, durch die Tradition dennoch nicht irgend welche dingliche Rechte erworben hat. Der Fall, den ich im Auge habe, ist folgender:[3])

A. verkaufte an B. sein Haus. Während B. gegen A. auf Erfüllung des Kaufvertrages klagte, veräußerte Letzterer abermals dasselbe Haus an den C. und tradirte es ihm. Als das Haus zum Zweck der Verlassung auf C. verkündigt wurde, bewirkte B. ein Inhibitorium an die Stadtbuchbehörde

---

[1]) Eine scheinbare Ausnahme machen nur Accessionen.

[2]) Bis auf die Usucapion, welche keinen Titel gewähren kann, weil eine bona fides gegenüber dem intabulirten Eigenthümer nicht möglich ist. Möglich ist nur eine Verjährung der Klage des bisherigen Eigenthümers, der durch eine rechtswidrige Verlassung sein Eigenthum verloren hat, auf Tilgung.

[3]) Entschieden vom ehemaligen Ober-Appellationsgericht zu Rostock, abgedruckt in Buchka u. Budde B. V., S. 159 ff.

gegen die Verlassung des Hauses auf C. C. fühlte sich dadurch in seinen Rechten verletzt und verlangte wieder Aufhebung des Inhibitorii, indem er sich darauf berief, daß er das Haus gekauft und tradirt erhalten habe, daß auch Verkäufer eine das Eigenthum für ihn auflassende Erklärung vor der Stadtbuchbehörde abgegeben hätte.

Es wurde zu Gunsten des C. entschieden, weil er in Folge der an ihn geschehenen Tradition bereits Rechte erworben hätte, welche ihm den Besitz der Sache sicheren und ihm weder vom Käufer noch von dem B., solange Letzterer die Verlassung des Grundstücks nicht erwirkt hat, entzogen werden könnten.

Zur weiteren Begründung führt die Entscheidung aus, daß wenn die Stadtbuchordnung der Tradition auch die Wirkung der Eigenthumsübertragung entzogen, sie doch darin liegende Besitzübertragung nicht aufgehoben habe, und daß daher derjenige, dem ein städtisches Grundstück vom Eigenthümer titulo emti tradirt sei, den Besitz desselben auf rechtmäßige Weise erworben habe.

Derselbe könne sich demnach durch die possessorischen Interdicta gegen die Störungen dieses Besitzes seitens dritter Personen schützen. Aber auch gegen die Vindication seitens des Verkäufers sei er durch die exceptio rei venditae et traditae geschützt. Dem Käufer stehe ferner die actio publiciana zu, mit der er, wenn er den Besitz des ihm tradirten Grundstücks durch irgend einen casus verloren hätte, dasselbe nicht nur von einem dritten, sondern mit Hülfe der replicatio rei venditae et traditae auch von seinem Verkäufer zurückfordern könne.

Im Hinblick auf die in dieser Abhandlung aufgestellte Ansicht, daß im römischen Rechte zwei Publicianische Klagen functionirten, drängt sich uns die Frage auf, welche von beiden Klagen in der angezogenen Entscheidung gemeint sei.

Eine nähere Prüfung ergiebt sofort, daß an die in dieser

Arbeit vornehmlich berücksichtigte Klage des Publicianischen Eigenthümers wohl kaum gedacht werden kann. Es fehlt hier an einen Erwerb a non domino, es ermangelt eine Erwerbsthatsache, welche in unserm concreten Fall an sich geeignet ist, Eigenthum zu verschaffen, denn für den Erwerb von städtischen Grundstücken giebt es nur eine Erwerbsart, die Verlassung; endlich kann der Käufer niemals den Glauben haben, Eigenthümer geworden zu sein und wenn er es glauben würde, so wäre das ein Rechtsirrthum, der gewiß Berücksichtigung nicht beanspruchen könnte. Endlich kann unsere Klage ja nicht gegen den Eigenthümer gehen, was indessen hier der Fall sein soll.

Die in der citirten Entscheidung geschehene Zusammenstellung der Publiciana actio mit der exceptio rei venditae et traditae weist uns auf die Publiciana des sog. bonitarischen Eigenthümers hin. Und in der That zeigt eine Vergleichung des zur Frage stehenden Falls mit dem Normalfall der obengenannten Klage eine nicht zu verkennende Aehnlichkeit zwischen beiden Fällen. Hier wird von einem Eigenthümer ein Grundstück, von dem man nur durch Verlassung Eigenthum erwerben kann, an den Käufer desselben tradirt, dort wird eine res mancipi von dem Eigenthümer, an der man nur durch den Act der Mancipation oder in jure cessio Eigenthum gewann, gleichfalls dem Käufer tradirt.

In dem Falle der Tradition einer res mancipi gab der Prätor eine exceptio wie eine Klage gegen den Eigenthümer. Der Anwendung dieser Rechtsmittel auf unsern Fall als auf eine verwandte Erscheinung, könnte daher an sich nichts im Wege stehen. In diesem Sinne will Dernburg, pag. 439 n. 7, die exceptio rei venditae et traditae und die actio Publiciana zulassen.

Einer derartigen Auffassung der durch das Princip der Auffassung herbeigeführten Sachlage kann unsererseits nicht beigetreten werden, und zwar in Gemäßheit der von uns

vertretenen Ansicht über die rechtliche Natur der dem Erwerber einer res mancipi ertheilten actio Publiciana. Wir haben oben die Ansicht gestellt, daß der Prätor bei Aufstellung dieser Klage von dem Gedanken geleitet wurde, die Tradition auch bei res mancipi zu einer Eigenthumserwerbsart zu machen, dem Eigenthümer, im Falle eine res mancipi tradirte, Eigenthum zu nehmen, dem Empfänger zu geben. Der Prätor führte diesen Gedanken nicht geradeswegs durch, sondern in der Art, daß er durch die dem Empfänger gegebenen Rechtsmittel das beim Tradenten verbliebene Recht zu einem nudum jus herunterdrückte.

Die Publiciana in Verbindung mit der exceptio rei venditae et traditae, welche in rem ging, hatte die Function der Rei Vindicatio.

Eine stricte und völlige analoge Anwendung dieser vom Prätor in correctorischer Absicht gegebenen Rechtsmittel auf den zur Frage stehenden Fall würde demnach zur Folge haben, daß der von Justinian beseitigte Dualismus des Eigenthums in Folge der neueren Gesetzgebung wieder völlig ins Leben zurückgerufen wäre. Der intabulirte Eigenthümer, der sein Grundstück einem Andern ex justa causa tradirte, bliebe, so müßten wir jetzt sagen, trotz der Tradition noch Eigenthümer, allein sein Recht sei ein nudum jus, gegenüber dem vollwichtigeren Rechte, welches der Käufer durch die Tradition erworben hätte.

Es kann kein Zweifel darüber obwalten, daß solche Construction gegen die Intentionen des Gesetzgebers streiten würde.

Im Hinblick darauf bemerkt denn auch Dernburg a. a. O.: „Wenn aber der eingetragene Eigenthümer das Grundstück einem Secundus auflässt, nachdem er es dem Primus bereits tradirt hat, dann kann sich Primus gegen Secundus nicht schützen, sonst wäre die Auflassung unterhöhlt, welche man in

Interesse der Oeffentlichkeit der Uebertragung der Grundstücke festhalten will."

Ist die Dernburg'sche Ansicht richtig — nach unserem Rechte gewiß — so kann von einer Anwendung der dem bonitarischen Eigenthümer gegebenen Rechtsmittel kaum mehr die Rede sein, dieselben sind dadurch der wichtigsten und grade der ihnen eigenthümlichen Functionen beraubt. Die exceptio rei venditae et traditae in ihrer einzigen nur möglich zulässigen Anwendung gegen Bucheigenthümer hat damit ihren Character als einer dinglichen Einrede eingebüßt, sie besitzt vielmehr nur noch die rechtliche Natur einer persönlichen Einrede, sie ist folglicher Weise jene vom Prätor gegebene Einrede nicht mehr. Wir haben die Publiciana des bonitarischen Eigenthümers als Kehrseite der exceptio rei venditae et traditae hingestellt. Ist diese Ansicht richtig, so kann nach dem eben gewonnenen Resultate, wonach von einer exceptio rei venditae et traditae im eigentlichen Sinne die Rede nicht mehr sein; — wenn man nicht etwa an die Publiciana des redlichen Erwerbers wieder denken könnte.

Somit dürfte eine Anwendung der Publiciana actiones unter Aufrechterhaltung ihrer innersten Natur wie wir diese im Laufe dieser Abhandlung dargestellt haben, kaum möglich erscheinen.

Mit dem Gesagten soll nicht die Möglichkeit der Zulässigkeit jener Rechtsmittel in unserem Falle verneint sein, wir bestreiten vielmehr nur die Anwendung derselben mit und unter Zugrundelegung der Ziele, Zwecke und Gedanken, welche bei dem Prätor bei Aufstellung jener Rechtsmittel vorwalteten und consequenter Weise auf die Wirksamkeit derselben nicht geringen Einfluß ausüben.

Diese Rechtsmittel, welche, wie wir eben behauptet haben, näch Justinians lex unica als beseitigt hätten gelten müssen, behalten nicht nur, wie Leonhard meint, historischen Werth,

sondern sie können auch, wie alle veralteten Rechtsmitttel fernerhin, wenn unter der Herrschaft neuerer Gesetze sich eigenthümliche Rechtsverhältnisse, an welche der Gesetzgeber nicht dachte, bilden, deren Schutz aber unser Rechtsgefühl verlangt, unbedenkliche Anwendung finden, selbstverständlich indessen nur bei Außerachtlassung derjenigen Motive und Zwecke, welche dem betreffenden Rechtsmittel ursprünglich inne wohnten.

In dem im Anfange dieses §. erzählten Falle, sind solche Rechtsverhältnisse gegeben, welche gerechten Anspruch auf richterlichen Schutz begehren können. Der Kläger des Grundstücks, dem solches von dem Eigenthümer tradirt ist, muß geschützt werden gegen den Eigenthümer, der sein ihm verbliebenes Recht geltend macht, nicht minder, wie gegen denjenigen, der dem Käufer den Besitz entzogen hat, gleichgültig: ob derselbe später auch das Grundstück tradirt erhalten oder nur gekauft hat. Der Anforderung der aequitas können die von citirter Entscheidung hervorgegangenen Rechtsmittel in der dort angegebenen Richtung vollkommen genügen.

Indessen fragt es sich, ob es nöthig war, gerade auf diese Rechtsmittel zu greifen, und ob nicht näher liegende Rechtsmittel aus dem geltenden Recht aufzufinden waren.

Zunächst nun hatte der Erwerber des ihm tradirten Grundstücks, wie die citirte Entscheidung hervorhebt, auf Grund seines Besitzes die possessorischen Rechtsmittel gegen alle injustae possessores zur Verfügung. Gegen den Verkäufer stehen ihm unbedenklich dieselben Rechtsmittel zu Gebote, wenn dieser ihm den Besitz entzog. Indessen wie konnte der Käufer sich helfen, wenn der Käufer mit der Eigenthumsklage auftrat? Die Entscheidung gewährt ihm hier die exceptio rei venditae et traditae.

Ein anderer Weg, den man einschlagen könnte, um den Käufer zu schützen, wäre folgender: Ein Grund zur Klage ist nur dann gegeben, wenn das derselben zu Grunde liegende Recht verletzt ist. Allein eine Rechtsverletzung liegt nur dann

vor, wenn der thatsächliche Zustand gegen den Willen des Berechtigten dem Rechte nicht entspricht. Der Besitz ist, sofern nicht Besitzer und Eigenthümer identisch sind,[1]) Verletzung des Eigenthumsrecht. In unserem Falle liegt indessen keine Verletzung in dem Besitze, da ja der Eigenthümer mit seinem Willen den Besitz auf den Käufer übertragen hat. Der Rei vindicatio des Verkäufers könnte daher, falls dieselbe nur auf Wiedererlangung des Besitzes gerichtet wäre und nicht etwa auf Anerkennung des Eigenthums, mit Recht die Einrede entgegengestellt werden, daß ein Grund zur Klage nicht gegeben sei, daß es an der passiven Voraussetzung der Klagerhebung fehle.

Man könnte auch vielleicht so argumentiren, der Verkäufer habe, indem er den Besitz des verkauften Grundstücks an den Käufer abgetreten, hinfort auf das ihm zustehende Rechtsmittel stillschweigend verzichtet zu Gunsten des Käufers[2])

Die Rei Vindicatio sei eben durch die Besitzübertragung übergegangen auf den Empfänger. Man wende hiegegen nicht ein, daß alsdann Eigenthumsrecht und Eigenthumsklage bei verschiedenen Personen lägen. Diese Erscheinung zeigt sich schon im Römischen Recht, wenn der nicht besitzende Eigenthümer die Rei Vindicatio cedirt. (Windscheid §. 337, n. 4.) Heutzutage ist der Fall gegeben unter der Herrschaft des Satzes „Hand wehre Hand.“ Der Eigenthümer, dessen Sache in andere Hände gerathen ist, behält sein Eigenthum, verliert aber seine Rei Vindicatio (so Boehlau: Vorlesungen über Meckl. Recht.)

Ist diese Argumentation richtig, so ist damit zugleich der

---

[1]) und abgesehen von den Fällen des abgeleiteten Besitzes.

[2]) Man definirt den Besitz dahin: es sei die thatsächliche Gewalt über eine Sache, mit Willen die Sache für sich als eigen zu haben, so wie sie der Eigenthümer hat. Derjenige, der den Besitz abgiebt, erklärt dadurch demnach, daß er die Sache als eigen, wie ein Eigenthümer nicht mehr haben will.

Schutz auch gegen denjenigen begründet, dem der Verkäufer zum zweiten Male den Besitz tradirte. Die einmal mit der ersten Besitzübertragung an den ersten oder auch zweiten Käufer cedirte Rei Vindicatio konnte consequenter Weise nicht zum zweiten Male mit der zweiten Besitzübertragung cedirt werden. Der zweite Empfänger des Grundstücks wäre demnach dem ersten gegenüber schutzlos, sofern nicht dieser mit der Tradition des Grundstücks an einen andern seine ihm cedirte Rei Vindicatio weiter cedirt hatte.

Verliert dagegen der Käufer sein Eigenthumsrecht dadurch, daß er sein Eigenthum einem Dritten auflassen würde, so würde dadurch auch die auf den Erwerber übergegangene dingliche Klage untergehen.

Vergl. darüber Windscheid §. 337, n. 4, u. n. 8.

Ueber die ganze hier behandelte Frage ist zu vergleichen Arndt's (kritische Ueberschau 1857, Bd. 5, S. 91): zu der Abhandlung von Otto Plathner „Die Grundzüge der preußischen Hypothekenverfassung nnd deren Umstnrz durch die neuere Rechtswissenschaft"), wo wir drei mögliche Constructionen unseres Falles kennen lernen; ferner Dernburg: Lehrbuch des Preußischen Privatrechts I, S. 521 ff; weiter Seuffert's Archiv, Bd. 6, S. 188; weiter Entsch. in Rostock'schen Rechtsfällen, Bd. II., S. 32 ff, wo dem Käufer eines ihm tradirten Grundstücks gegen den Concursverwalter im Debitwesen des falliten Verkäufers jeglicher Schutz versagt wird.

Endlich mag hier noch erwähnt werden, daß Boehlau in seiner Vorlesung über Meckl. Privatrecht §. 32, dem Käufer eines ihm tradirten Grundstücks gleichfalls jede weitergehende Schutzmittel als die possessorischen Klagen versagte.

Quellen und Literatur.

Dig. VI 2 de Publiciana in rem actione.
Puchta, Pandecten.
Windscheid, Pandecten I, §. 199.
Vangerow, Pandecten, B. I, §. 335.
Dernburg, Pandecten, B. I, §. 123 u. §. 228.
Gimmerthal, Die Publicianische Klage und die Mancipation.
Huschke, Das Recht der Publicianischen Klage.
Rudorf, edictum perpetuum.
Lenel, Beiträge zur Kunde des Prätorischen Edicts.
Lenel, edictum perpetuum.
Schulin, Ueber einige Anwendungsfälle der Publiciana in rem actio.
Mayer, Die justa causa bei Tradition und Usucapion.
Keß, Zur Lehre von der Publiciana in rem actio (Jahrb. für Dogm., B. 14).
Leonhard, Inwieweit ist die exceptio rei vinditae et traditae ein für das heutige gemeine Recht lebensfähiges Institut.? (Jahrb. für Dogm., B. 17.)
Wetzell, Civilproceß.
Delbrück, Die dingliche Klage des deutschen Rechts.
Bruns, Der ältere Besitz und possessorium ordenarium.
Gersterding, Lehre vom Eigenthum.
Pagenstecher, Römische Lehre vom Eigenthum.
Schliemann, Die Lehre vom Zwange, S. 165 ff.
Kritische Vierteljahrsschrift, B. 16, S. 251 ff. (Brinz, Kritik des Schulin'schen Buchs.)
Kritische Vierteljahrsschrift, B. 18, S. 334, (Schirmer, Kritik des Huschke'schen Buchs) u. S. 526 (Schulin, Kritik des Huschke'schen Buchs).
Denver, Ueber den Schutz des relativ besseren Rechts. (Jahrb. für Dogm., B. I.)
Kritz, Darstellung practischer Materien des Römischen Rechts, B. I.
Tigerström, Die bonae fidei possessio oder des Rechts des Besitzes.
Dernburg, Lehrbuch des Preußischen Privatrechts, B. I.
Keil'sche Uebersichau, B. 5, S. 91.

Auf andere zur Arbeit benutzte Werke ist in der Arbeit ausführlich verwiesen worden.

Inhalts-Verzeichniß.

§. 1. Das Edict. Eine oder mehrere Publicianische Klagen?
§. 2. Ist die Grundlage der actio Publiciana ein dingliches Recht?
§. 3. Neuere Ansichten über die Publiciana.
§. 4. Die Bedeutung der Formel. Die Fiction. Das Publicianische Recht.
§. 5. Das Edict. Der ursprüngliche Umfang der Publiciana in rem actio. Ihre Erweiterung durch die Juristen.
§. 6. Wie wird das Publicianische Recht erworben?
§. 7. Uebertragbarkeit des Publicianischen Rechts?
§. 8. Aufhebungsgründe der actio Publiciana.
§. 9. Die exceptio dominii. Der Conflict des Publicianischen Rechts mit dem civilen Eigenthum.
§. 10. Die sog. exceptio des gleichen Rechts.
§. 11. Gegenstand der actio Publiciana. Ist auch der Eigenthümer berechtigt, diese Klage anzustellen?
§. 12. Die actio Publiciana im Verhältniß zum Auflassungsprincip

Werz.